

*JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE*

***EFETIVIDADE DO PROCESSO  
E TÉCNICA PROCESSUAL***

*3ª edição*



**MALHEIROS  
EDITORES**

**DPC/DPM  
BIBLIOTECA**

Comissão de Avaliação de Cursos de Graduação em Direito  
Equipe de Avaliação de Cursos de Graduação em Direito

*EFETIVIDADE DO PROCESSO E TÉCNICA PROCESSUAL*

© JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE

1ª edição: 06.2006; 2ª edição: 08.2007.

ISBN 978-85-392-0035-1

*Direitos reservados desta edição por  
MALHEIROS EDITORES LTDA.*

*Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171  
CEP 04531-940 — São Paulo — SP*

*Tel.: (11) 3078-7205 Fax: (11) 3168-5495*

*URL: [www.malheiroseditores.com.br](http://www.malheiroseditores.com.br)*

*e-mail: [malheiroseditores@terra.com.br](mailto:malheiroseditores@terra.com.br)*

*Composição  
PC Editorial Ltda.*

*Capa:  
Criação: Vânia Lúcia Amato  
Arte: PC Editorial Ltda.*



*Impresso no Brasil  
Printed in Brazil  
06.2010*

*Não sei se haverá outro. Por isso, aproveito a oportunidade para homenagear aqueles que, de alguma forma, contribuíram para a realização deste trabalho. Só espero que, depois de lê-lo, não se arrependam. Em primeiro lugar, meus alunos do Largo de S. Francisco, os principais destinatários, além de vítimas, de minhas reflexões. Tomara encontrem aqui subsídios para continuarmos discutindo, divergindo e concordando, mas, principalmente, evoluindo. ANTONIO CARLOS MARCATO, CARLOS ALBERTO CARMONA e JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, colegas de Departamento e, sobretudo, amigos. REGINA CELIA DE CARVALHO, pela dedicação e imprescindível colaboração. E CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, mais uma vez e sempre, por tudo.*

e impossibilidade de a parte voltar ao Poder Judiciário sem ter recolhido as custas relativas a processo anteriormente extinto.

Nessa medida, não pode o juiz ignorar todo esse sistema protetivo e julgar o mérito sem prévio recolhimento das custas iniciais. Haveria efetivo prejuízo ao Estado, que ficaria sem o mecanismo de pressão representado pela exigência do art. 268. A decisão de mérito impediria a repositura da ação, restando ao credor tributário tão-somente cobrança judicial. Já, se extinto o processo sem esse exame existe a possibilidade de o autor formular novo pedido de tutela jurisdicional, desde que recolha as custas devidas. Como esta alternativa contribui para a satisfação espontânea da obrigação, impõe-se seja adotada a solução prevista pelo legislador processual.

Só se admite a desconsideração de requisitos processuais se o julgamento do mérito não trazer dano algum àquele a quem a regra pretende beneficiar.

#### Capítulo IV

### CONDIÇÕES DA AÇÃO

1. Ação: perspectiva constitucional.
2. Condições da ação.
3. Desenvolvimento do processo e direito material.
4. Noção de "mérito".
5. Mérito e objeto da cognição judicial.
6. Visão restrita sobre condições da ação.
7. Carência e falsa carência.
8. Condições da ação e mérito: categorias distintas?
9. Conseqüências da distinção.
10. Condições da ação e questão de direito.
11. Possibilidade jurídica da demanda.
12. Identidade entre impossibilidade jurídica e mérito: confirmação.
13. Impossibilidade jurídica e mérito: ainda a teoria aplicada.
14. Possibilidade jurídica e pretensão.
15. Legitimidade ad causam.
16. Legitimidade e mérito: objeto da cognição.
17. Ilegitimidade e improcedência: diferença?
18. Interesse processual.
19. Interesse processual e tutelas constitutiva e condenatória.
20. Interesse: inadimplemento e inexigibilidade.
21. Interesse processual e tutela declaratória.
22. Interesse e ação declaratória positiva.
23. Falta de interesse e ação declaratória positiva: especificidade e julgamento de mérito.
24. Ainda a falta de interesse na tutela declaratória e julgamento do mérito.
25. Novas considerações sobre o interesse na ação declaratória: a teoria da asserção.
26. Interesse e ação declaratória negativa.
27. Interesse processual e mérito: novo confronto e utilidade da distinção.
28. Ainda confirmando os enunciados teóricos.
29. Interesse processual e resistência do réu (demanda condenatória).
30. Ainda sobre condições da ação e natureza da sentença.
31. Impossibilidade jurídica, ilegitimidade e ausência de interesse: confronto.
32. Carência da ação e imutabilidade da sentença.
33. Condições da ação: reafirmando algumas conclusões.
34. Rescisória: carência e falsa carência.
35. Ausência das condições da ação e julgamento do mérito.
36. Ausência de interesse processual e julgamento do mérito.
37. Interesse processual e execução sem título.
38. Ilegitimidade de parte e julgamento do mérito: litisconsórcio necessário.
39. Ainda o litisconsórcio necessário: a proposta colocada em prática.
40. Ilegitimidade de parte e julgamento do mérito: alcance da conclusão.
41. Técnica das condições da ação e instrumentalidade do processo.
42. Categoria dos requisitos de admissibilidade do julgamento de mérito.
43. Ausência de condições da ação e acolhimento da pretensão: a sentença injusta.
44. Propostas a respeito das condições da ação.
45. Síntese conclusiva das idéias sobre condições da ação.

### 1. Ação: perspectiva constitucional

Vedada a autotutela e inerte a atividade estatal incumbida de eliminar as crises verificadas no plano das relações jurídicas substanciais, assegura-se ao sujeito de direito a possibilidade de pleitear a tutela jurisdicional. Todos, indistintamente, podem dirigir-se ao Estado – que chamou para si a atuação coercitiva das regras materiais – para solicitar proteção a um suposto direito, cuja existência é simplesmente afirmada.

A garantia de acesso ao Judiciário – *poder*, no entender de alguns; *direito*, para outros<sup>1</sup> – está prevista em sede constitucional (CF, art. 5º, XXXV) e denomina-se ação. Vista por esse ângulo, constitui garantia de acesso ao mecanismo estatal de solução de controvérsias, denominado “processo”.<sup>2</sup> É assegurada a todos a possibilidade de serem *ouvidos em juízo*, que não pode ser obstada ainda que o pedido não apresente mínimas condições de ser examinado. Podemos dar asas à nossa imaginação – e todos sabemos quão fértil é a imaginação do processualista –, e pensar nas mais variadas espécies de teratologia processual. Busquemos exemplos de pretensões absurdas ou vícios formais gravíssimos. Nada pode impedir o direito ao devido processo constitucional.<sup>3</sup>

O fenômeno *ação* comporta exame, pois, por esse ângulo publicista. Trata-se do poder pertencente a todos, *uti civis*, de provocar

1. Cf.: Araújo Cintra, Grinover e Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, 21ª ed., p. 261; Cândido Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*, 5ª ed., vol. II, pp. 292 e ss.

2. Sobre ser garantia de acesso ao processo efetivo, *equo e giusto*, cf. Bedaque, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada. Tutelas Sumárias e de Urgência: Tentativa de Sistematização*, 3ª ed., pp. 61 e ss.

3. Dinamarco sintetiza o significado de assegurar a cada um *his day in court*: “Nem a lei nem o juiz poderia excluir de *qualquer* apreciação uma demanda, pelo fundamento de considerar *prima facie* que o julgamento de mérito não será admissível. Mesmo que manifestamente falte uma das condições da ação (carência da ação), ou que haja outro processo pendente pela mesma causa (litispêndência), ou que a matéria já haja sido julgada antes (coisa julgada), ou ainda quando a petição inicial seja muito mal-redigida ou até mesmo ininteligível etc., constitui dever elementar do juiz a explicitação desses motivos, *despachando* a petição inicial e declarando extinto o processo desde logo – sem jamais negar-se a *despachar* (CPC, art. 295, inc. I). Tal conduta afrontaria diretamente o disposto na Constituição Federal” (*Instituições ...*, 5ª ed., vol. II, p. 111).

a atividade jurisdicional e retirá-la de sua inércia. Seu exercício dá origem ao direito de obter pronunciamento do juiz sobre o pedido de tutela, independentemente do conteúdo da decisão final.<sup>4</sup> É poder ou direito exercido perante o Estado com o objetivo de obter a certeza sobre existência ou inexistência de direito, modificação de determinada situação jurídica ou adimplemento de uma obrigação.

Considerada por esse prisma, *ação* confunde-se com garantia constitucional ao devido processo legal. Todos a possuem, independentemente de qualquer juízo de valor realizado sobre a situação de direito material trazida para exame do juiz.<sup>5</sup>

Quem a exerce pretende conseguir a satisfação de determinado interesse supostamente protegido pelas regras de direito material – normas, essas, que, por alguma razão, não foram espontaneamente cumpridas. Já se sustentou, até, ser o particular representante do Estado, visto ser deste o interesse à justa e pacífica composição do conflito de interesses.<sup>6</sup>

Como o juiz, no exercício da função jurisdicional, atua pela via daquele mecanismo denominado “devido processo legal”, *ação* nada mais é que o direito a este instrumento, com todas as garantias constitucionais a ele inerentes.

4. Cf. Comoglio, “Note riepilogative su azione e forme di tutela, nell’ottica della domanda giudiziale”, *Rivista di Diritto Processuale* 2/468.

5. “Mas, enquanto concebido assim de modo abstrato e sem configurar ainda o direito ao provimento jurisdicional de mérito (que só haverá no momento em que o juiz tiver o concreto dever de emití-lo), o *direito de ação* não é mais que *direito ao processo*” (Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições ...*, 5ª ed., vol. II, p. 299), expressão do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional “em sua acepção mais lata e menos profunda, o qual será violado sempre que se pretenda impedir a alguém o exercício da faculdade de se fazer ouvir pela Justiça” (Dinamarco, *Execução Civil*, 8ª ed., pp. 380-381), com observância do devido processo constitucional; v. também Bedaque, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: ...*, 3ª ed., pp. 61 e ss.). Fazzalari nega qualquer distinção entre a faculdade de instaurar o processo, que vem acompanhada das posições de que é investido o autor, do direito processual de ação, pertencente ao titular da situação da vida amparada no plano substancial (cf. “Azione civile (teoria generale e diritto processuale)”, *Diggesto delle Discipline Privatistiche – Sezione Civile*, vol. II, p. 35).

6. Cf. Luis Eulálio de Bueno Vidigal, “Existe o direito de ação”, *Direito Processual Civil*, pp. 73 e ss.

O instituto da ação, cuja importância para o direito processual já foi bem maior, tem significados variados, em função dos ângulos pelos quais é examinado. A concepção histórica de Pekelis, por exemplo, é diversa da visão política apresentada por Calamandrei.<sup>7</sup>

Mais recentemente ressaltou-se a relatividade do conceito e a divergência existente nesta sede, com conclusão bastante peculiar. *Ação* compreenderia o conjunto de regras, de atos e de posições jurídicas subjetivas – faculdades, poderes, deveres, direitos – relativos às partes do processo.<sup>8</sup>

A moderna doutrina processual identifica *ação* como direito ao processo, cujo conteúdo mínimo encontra-se nas garantias constitucionais. É na Constituição que se encontra a regra fundamental sobre ação (art. 5º, XXXV), sendo desnecessário identificar “outra” ação no plano processual. A garantia constitucional representa não mero direito formal ao processo, mas garantia substancial a um processo

7. Cf.: Vittorio Denti, “Azione”, *Enciclopedia Giuridica*, vol. IV, p. 1; Calamandrei, “Istituzioni di diritto processuale civile”, in *Opere Giuridiche*, vol. IV, pp. 123-126.

8. “L’azione consiste, come rilevato, in una serie di norme che regolano una serie di atti, e delle quali scattiscono una serie di posizioni soggettive” (Elio Fazzalari, “Azione civile ...”, *Digesto* ..., vol. II, pp. 31-32). Para Vittorio Denti é preferível reservar o nome de “ação” apenas ao poder de impulso processual correlato à propositura da demanda, que seria diverso dos poderes meramente processuais (cf. “Azione”, *Enciclopedia Giuridica*, vol. IV, p. 3). Como garantia constitucional, todavia, não se limita a ação a representar mero direito de iniciar o processo. Constitui garantia à efetividade do acesso à Justiça, como reconhece o próprio Denti, que conclui pela inadequação de uma concepção meramente processual da garantia da ação “rispetto alle esigenze di effettività della tutela” (idem, p. 6, ns. 3.1 e 3.3).

Sobre a gradativa perda de importância da ação e as razões por que isso ocorreu, cf. a excelente síntese da *história típica* (“estudo da evolução das idéias, sem preocupação com precisão de datas, lugares e pessoas”) desse instituto realizada por Dinamarco (*Instituições* ..., 5ª ed., vol. II, pp. 320-325). Cf. também: Pizzorusso, “Garanzia costituzionale dell’azione”, *Digesto delle Discipline Privatistiche – Sezione Civile*, 4ª ed., vol. VIII, pp. 607 e ss.; Grinover, *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*, pp. 69 e ss.; Comoglio, *La Garanzia Costituzionale dell’Azione ed il Processo Civile*, pp. 97 e ss., e *Commentario della Costituzione. Cura di G. Branca*, pp. 1 e ss.; Tommaso, “La natura giuridica del potere d’azione e l’art. 24, 1º comma, Cost.”, in *Appunti di Diritto Processuale Civile – Nozione Introduttive*, 3ª ed., pp. 169 e ss.; Susana Henriques da Costa, *Condições da Ação*, pp. 23 e ss.

justo, concebido como aquele apto a proporcionar ao titular do direito a tutela adequada.<sup>9</sup>

Tal construção assemelha-se à que identifica *ação* como direito de petição, assegurado em sede constitucional e que pressupõe, para sua observância, a possibilidade concreta de exame dessa manifestação de vontade do sujeito de direito pelo órgão judicial, com todas as garantias inerentes ao devido processo legal.<sup>10</sup>

9. Por isso, Comoglio considera suficiente a visão constitucional da ação, concluindo que “l’azione in giudizio, quindi, va rimodellata in armonia con tale qualificato contenuto, tenendo conto del fatto che la norma costituzionale non è, per così dire, una garanzia di soli ‘mezzi’, ma è anche (perlomeno in termini modali) una garanzia ‘di risultato’, poichè, con l’inviolabilità di taluni poteri processuali minimi (azioni e difesa), essa consacra altresì l’adeguata possibilità di ottenere, per loro ‘mezzo’, un minimo di forme di tutela effettiva, proprie (appunto) di un processo ‘giusto’” (“Note riepilogative ...”, *Rivista di Diritto Processuale* 2/472; sobre a *garantia constitucional da ação*, v., do mesmo autor, *Commentario* ..., pp. 1-52, e *La Garanzia Costituzionale* ..., pp. 97 e ss., e Alessandro Pizzorusso, “Garanzia costituzionale ...”, in *Digesto* ..., 4ª ed., vol. VIII, pp. 607 e ss.).

A propósito dessa visão do direito de ação, com ampla indicação bibliográfica, cf. tb. Bedaque, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada* ..., 3ª ed., pp. 61-81. No primeiro ensaio de Comoglio citado nesta nota encontram-se também informações sobre o direito positivo e a doutrina de diversos países (França, Espanha, Alemanha, antigos países socialistas e Estados Unidos) quanto à concepção de *ação* como direito ao processo, com observância de determinadas garantias constitucionais, sem qualquer conteúdo de direito material. Apenas na Inglaterra a idéia de *ação* ainda se confunde com a própria tutela (cf. “Note riepilogative ...”, *Rivista di Diritto Processuale* 2/481-488). V. também Vicente Greco, *Direito Processual Civil Brasileiro*, 16ª ed., vol. I, pp. 75 e ss., e Calmon de Passos, “Instrumentalidade do processo e devido processo legal”, *Revista de Direito Processual Civil* 18/726.

Segundo se entende, o dispositivo constitucional assegura não apenas a via estatal, como, também, meios alternativos, como a arbitragem (cf. Edoardo Flávio Ricci, *Lei de Arbitragem Brasileira*, pp. 20 e ss.), pois garantir a tutela jurisdicional não significa obrigá-la, com exclusão de outros mecanismos também legítimos (cf. Carlos Alberto Carmona, *Arbitragem e Processo*, 2ª ed., pp. 311 e ss.).

10. Cf. Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª ed., pp. 77-79. Trata-se, salvo engano, da *ação processual*, tal como concebida por Ovídio Baptista da Silva, que se distingue da *ação de direito material*, exercida pelo real titular do direito substancial (cf. “Direito material e processo”, *Revista de Direito Processual Civil* 33/627). Talvez por não aceitar ou não compreender a concepção de *ação* como garantia ao devido processo legal, e não direito à tutela

Suficiente essa visão do fenômeno *ação*. Embora respeitável e fundada em sólidos argumentos, dispensável à compreensão dessa categoria processual a construção sobre ação de direito material, com todas as suas conseqüências. A sofisticada elaboração doutrinária acaba por contaminar a idéia de *ação* por elementos da situação de direito substancial, tornando extremamente complexo algo muito simples, sem qualquer resultado prático.<sup>11</sup>

Pois bem. Exercido o direito de ação, instaura-se o processo, que se desenvolverá com a participação dos três sujeitos dessa nova

jurídica, Daniel Francisco Mitidiero dirige, de forma estranhamente deselegante, crítica à posição de Dinamarco sobre pretensão de direito material (cf. "Polêmica sobre a teoria dualista da ação, 'ação de direito material - ação processual': uma resposta a Guilherme Rizzo Amaral", *Revista de Direito Processual Civil* 34/691). As divergências são saudáveis, desde que manifestadas com respeito, especialmente quando notórias as diferenças entre os interlocutores. O jovem e esforçado estudioso gaúcho não entendeu que para Dinamarco a noção de pretensão de direito material é desnecessária, pois não difere substancialmente da idéia representada pelo direito subjetivo afirmado. Concorde-se ou não com esta posição, ela deve ser respeitada, tanto quanto a teoria que ele e alguns processualistas tanto reverenciam.

11. Incensuráveis as críticas dirigidas por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira à teoria de Pontes de Miranda (*Tratado das Ações*, t. 1, pp. 44 e ss.), seguida por Ovídio Baptista da Silva (*Curso de Processo Civil*, vol. 1, pp. 59 e ss.) e Kazuo Watanabe (*Da Cognição no Processo Civil*, 2ª ed., pp. 21 e ss.). Sua conclusão sobre ação processual coincide substancialmente com a que adotei em estudo anterior (*Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: ...*, 3ª ed., pp. 61 e ss.), e pode ser resumida assim: "Nesse aspecto, diga-se, em primeiro lugar, que a constitucionalização do direito ao processo e à jurisdição (a exemplo do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição brasileira), de envoltas com a garantia da efetividade e de um processo justo (art. 5º, incisos XXXVII, LIII, LIV, LV, LVI), determina também uma garantia 'de resultado', ressaltando o nexo teleológico fundamental entre 'o agir em juízo' e a 'tutela' do direito afirmado. Essa mudança de perspectiva não permite mais referência à ação como tal - nem à demanda ou à exceção em si, 'instrumentos' tecnicamente neutros -, mas, sim, aos tipos de pronunciamento e de tutela que com o exercício de seus poderes as partes podem obter do processo. Perdeu sentido, portanto, falar *ex ante* de tipicidade ou de atipicidade da ação, ou recorrer à tradicional tipologia das ações, visto que a tipicidade e a classificação tipológica constituem atributos ou prerrogativas sistemáticas do 'resultado' de mérito (e não do meio processual garantido pela norma constitucional). Põem-se assim em destaque os efeitos jurídicos e os conteúdos variáveis das diversas formas de tutela jurisdicional, que dão resposta ao objeto variável da demanda jurisdicional" (Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, "Efetividade e tutela jurisdicional", *Revista de Direito Processual Civil* 34/679).

relação jurídica, com o objetivo de, o quanto antes, dar resposta ao reclamo de quem veio pedir proteção, quer para conceder-lhe a tutela jurisdicional, quer para negá-la. O resultado depende da conclusão a que chegar o julgador sobre a subsunção da situação da vida descrita na inicial à norma de direito material.

Como representante do Estado, investido do poder jurisdicional, o juiz tem o dever de zelar pelo bom desenvolvimento desse mecanismo estatal de solução de controvérsias. Deve evitar atividades inúteis e afastar todos os óbices à efetividade do instrumento que dirige (CPC, arts. 125-133 e 262).<sup>12</sup>

Proposta a ação e iniciado o processo, necessária a observância da técnica prevista pelo legislador para a adequada constituição e o correto desenvolvimento do instrumento. Direito ao devido processo legal todos têm. Trata-se de garantia constitucional absolutamente incondicionada.<sup>13</sup> Mas o legislador processual pode, legitimamente, estabelecer regras destinadas a ordenar o processo, a fim de adequá-lo aos princípios constitucionais e, à luz do princípio da economia processual, dotá-lo de mecanismos destinados a evitar atividades inúteis.

Eventuais restrições impostas em sede infraconstitucional ao desenvolvimento do processo e à entrega da tutela jurisdicional não implicam limitação indevida à garantia constitucional. Assegura-se a todos, indistintamente, o poder de retirar o juiz da inércia e dar início ao devido processo legal. Mas é preciso observar as regras

12. Cf. Bedaque (e outros), *Código de Processo Civil Interpretado*, pp. 347 e ss.; *Poderes Instrutórios do Juiz*, 3ª ed., *passim*.

13. Salvo engano, essa garantia ampla de acesso ao Judiciário e ao devido processo legal não se confunde com o fenômeno denominado por José Ignácio Botelho de Mesquita "direito à administração da justiça", pressuposto do direito de ação e consubstanciado no poder de exigir o julgamento puro e simples, desde que presentes os pressupostos processuais. Satisfeitos esses requisitos, examinará o juiz a admissibilidade da pretensão à atividade jurisdicional, que depende das condições de admissibilidade da ação (legitimidade das partes, interesse para agir e existência da espécie de atividade jurisdicional pretendida pelo autor) (cf. José Ignácio Botelho de Mesquita, *Da Ação Civil*, pp. 89-101). A garantia constitucional aqui tratada independe de qualquer requisito ou condição. Todos têm direito, no mínimo, ao devido processo constitucional, ainda que ausentes os requisitos exigidos pelo legislador material à regularidade do processo ou à admissibilidade da ação.

necessárias a que a via estatal de solução de conflitos possa atingir seus objetivos. Por isso, perfeitamente compatível com o sistema constitucional a extinção do processo sem exame do mérito, por ilegitimidade de parte (CPC, art. 267, VI). Não se retira do autor o devido processo legal. Apenas impede-se a solução da lide se o pedido não for deduzido por quem, segundo as circunstâncias da própria relação material controvertida, tenha o direito de obtê-la.<sup>14</sup>

## 2. Condições da ação

Entre as muitas regras relacionadas à técnica processual no Direito Brasileiro estão aquelas sobre as *condições da ação*. Para que o processo possa prosseguir até o julgamento do mérito devem estar presentes determinados requisitos que revelem, em tese, a aptidão do instrumento ao objetivo desejado. Se, por alguma razão extraída de elementos da própria situação substancial deduzida na inicial pelo autor, verificar-se de plano que aquele processo não poderá proporcionar *resultado útil* – entendido este como a solução da crise de direito material –, melhor extingui-lo o quanto antes, evitando perda de tempo e desperdício de energia.

As condições da ação representam legítima limitação ao exercício da atividade jurisdicional no caso concreto, porque o processo iniciado sem a presença de uma delas é manifestamente inútil.<sup>15</sup> Circunstâncias do próprio direito material revelam existir algum óbice a que a tutela jurisdicional seja concedida ao autor.

Embora o reconhecimento desse impedimento dependa de exame da relação jurídica substancial, não se verifica o julgamento do

14. Não se vislumbra, portanto, a existência de risco a essa garantia em decorrência de eventual amplitude conferida à impossibilidade jurídica do pedido. Pode o legislador material impedir a tutela jurisdicional a determinadas situações da vida sem que isso comprometa a garantia de acesso ao devido processo legal (cf. Cândido Dinamarco, *Execução Civil*, 8ª ed., pp. 396-397). Trata-se de juízo de valor quanto à conveniência de assegurar, ou não, proteção a determinados interesses. É problema a ser solucionado exclusivamente no plano substancial, em nada influenciando na garantia constitucional ao devido processo legal. Aliás, o que se dá nos casos de impossibilidade jurídica do pedido é a inexistência do direito afirmado, configurando julgamento de mérito a sentença com esse conteúdo, como se tentará demonstrar mais adiante.

15. Cf. Dinamarco, *Execução Civil*, 8ª ed., p. 381.

mérito, pois não há solução da crise de direito material. O objeto do processo permanece intocado, inexistindo solução para a lide.

É inegável que as condições da ação têm conotações com o mérito, pois examiná-las significa conhecer de aspectos da pretensão, do objeto do processo, ainda que decisão a respeito nem sempre represente resposta ao pedido formulado.<sup>16</sup>

Falar em “condições da ação” significa reportar-se a requisitos impostos pelo legislador processual para que o autor possa obter pronunciamento judicial sobre a pretensão por ele deduzida. Esta ação condicionada não se confunde com a garantia constitucional de acesso ao devido processo legal. Todo aquele que fizer uso dessa garantia terá assegurado, de forma incondicional, o mecanismo estatal de solução de controvérsias, tal como regulado em sede constitucional. Esse instrumento, todavia, é regido também por regras infraconstitucionais, respeitados os princípios estabelecidos na Constituição. Entre os dispositivos processuais estão os que regulam o poder de levar o processo à sentença de mérito. A ação constitucional e a ação processual constituem, na verdade, aspectos do mesmo fenômeno.<sup>17</sup>

Nessa medida, cada sistema processual é dotado de especificidades, que acabam por influir na concepção de determinados institutos.

16. Cf. Donaldo Armelin, *Legitimidade para Agir no Direito Processual Civil Brasileiro*, p. 46. Evidentemente que para quem aceita a visão chiovendiana, e entende ser a ação direito potestativo à atuação da vontade da lei, as condições têm outro significado (cf. Chiovenda, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, pp. 20-29 e 175 e ss.).

17. Aldo Attardi identifica na demanda judicial o poder de: a) provocar a atividade do juiz e exigir decisão sobre a existência dos pressupostos de admissibilidade do julgamento de mérito (*condizioni di trattabilità e di decisione della causa nel merito*); b) obter um julgamento de mérito, ainda que de improcedência, se presentes aqueles requisitos apontados na letra “a”; por fim, c) de receber decisão favorável, se existente o direito material. Daí, conclui: “Ciò significa, in definitiva, che possono sussistere tutti e tre i poteri (giuridici) ora prospettati; che ben possa affermarsi: che a ciascun soggetto spetti il potere di porre in essere le condizioni per una pronuncia sulla sua domanda, se anche solo di rito; che a chiunque vanti la titolarità di un diritto spetti il potere di porre in essere le condizioni per una pronuncia di merito sulla sua domanda se questa sia proposta con l’osservanza delle norme in tema di condizioni di trattabilità e di decisione della causa nel merito; che all’attore il qual sia titolare del diritto fatto valere spetti il potere di porre in essere le condizioni per una decisione (di merito) favorevole” (Aldo Attardi, *Diritto Processuale Civile*, vol. I, p. 59).

No direito processual brasileiro há as *condições da ação*, construção incorporada à nossa técnica processual, devendo a doutrina esclarecer o verdadeiro significado desses requisitos, a fim de que eles não se transformem em óbices injustificados aos escopos do processo.

Admitir as condições da ação não implica aceitar limitações à garantia constitucional, que é incondicionada.<sup>18</sup> As condições são exigências feitas pela técnica processual para tornar possível o julgamento do mérito. Sem elas o processo será inútil, pois, por problemas do próprio direito material deduzido, a solução pleiteada revela-se inadmissível de plano.

Com essa visão, logo ao receber o pedido do autor, materializado na petição inicial, antes de determinar a prática de qualquer ato, irá o juiz examinar se existem óbices técnicos que possam comprometer o normal funcionamento do mecanismo.

É possível já nesse momento a verificação de possíveis problemas relacionados aos requisitos de desenvolvimento válido e regular do processo. A própria inicial pode apresentar defeitos formais que, se não eliminados, impedem o julgamento do mérito (art. 295, parágrafo único, I, II e IV, do CPC). Também constituem óbices ao exame da crise de direito material falhas quanto à capacidade processual ou postulatória do autor. Da mesma forma, a incompetência absoluta, o impedimento e a suspeição representam empecilhos ao prosseguimento do processo, muito embora nesses casos baste a remessa dos autos ao juiz competente ou imparcial.

18. Segundo essa concepção, é necessário que "il problema dell'azione sia collegato non soltanto con le modalità processuali della tutela, ma anche con la posizione stessa del giudice nell'ordinamento, e quindi con le caratteristiche fondamentali dell'ordine giudiziario. Correlazione, questa, che è invece prevalentemente mancata nello svolgimento delle teorie dell'azione, centrate tutte sul rapporto tra diritto sostanziale e processo, e perciò sulla proiezione nel processo dei diritti soggettivi" (Vittorio Denti, "Azione", in *Enciclopedia Giuridica*, vol. IV, p. 2).

Muito embora – como bem observa Aldo Attardi (cf. *Diritto Processuale Civile*, vol. I, p. 60) – a disputa sobre o correto conceito de *ação* esteja definitivamente superada, não se pode negar que a idéia de *ação* como direito ao pronunciamento de mérito – reservada exclusivamente ao processo de conhecimento – põe em destaque a essência da atividade jurisdicional, qual seja, a decisão sobre a existência, ou não, do direito material deduzido pelo autor.

Mas não é só. Também antes de chamar o outro sujeito interessado no resultado de sua atividade, conveniente faça o juiz uma primeira análise, sumária, do suposto direito afirmado pelo autor.

Por quê? Simples: porque muitas vezes ele irá detectar no plano do próprio direito material óbices à concessão da tutela jurisdicional. Não se está pensando em problemas, sanáveis ou não, decorrentes da não-observância de regras processuais. Não. Embora ainda no limiar do processo, antes mesmo de completada a relação jurídica regida pelo direito processual, convém o julgador atentar para a situação de direito material descrita na inicial.

Dessa análise, pode ser que ele verifique já no início não ser a pretensão, tal como formulada, passível de satisfação. Se ele chegar a essa conclusão, para quê continuar o processo? Melhor extingui-lo imediatamente – entre outras razões, por uma questão de economia (CPC, art. 295, II e III, e parágrafo único, III).

Não se pretende, aqui, realizar exame minucioso sobre as condições da ação. O tema será analisado apenas na medida do necessário para o esclarecimento de questões diretamente relacionadas com o objeto central desta investigação.

Para que não se perca o fio condutor do estudo, pretende-se demonstrar a possibilidade de, em face de determinadas circunstâncias, relevar-se a ausência de requisitos exigidos pelo legislador processual, sem os quais, ao menos em princípio, não deve o juiz sequer analisar o direito do autor à tutela jurisdicional. As condições da ação constituem espécie dessa categoria anterior ao mérito.

Embora a admissibilidade do julgamento de mérito ou a concessão da tutela executiva dependam do cumprimento de certas exigências existentes no Código de Processo Civil – entre as quais encontram-se as condições da ação –, muitas vezes a falta de uma delas não impede a decisão de mérito ou a tutela executiva.

A sistematização dessas situações constitui o objetivo central desta parte do estudo e, conseqüentemente, o limite estabelecido para o exame das condições da ação. Estas serão analisadas com o exclusivo escopo de fixar algumas conclusões quanto à irrelevância da carência em determinados casos. Para tanto, é claro, serão necessárias algumas considerações sobre a categoria, inclusive para



apresentar idéias parcialmente diferentes daquelas defendidas em estudos anteriores. A alteração decorre de novas reflexões a respeito do relacionamento entre condições da ação e mérito.

### 3. *Desenvolvimento do processo e direito material*

Como já observado, embora todos tenham direito ao devido processo constitucional, nenhum óbice existe a que o legislador ordinário desenvolva técnicas destinadas a obstar ao prosseguimento de processos manifestamente inócuos. A garantia constitucional não impede o controle da utilidade do processo pelo juiz, que deve, à luz dos dados concretos a ele apresentados pelo autor, verificar desde logo se a tutela jurisdicional pleiteada pode ser em tese concedida.<sup>19</sup>

Tal possibilidade é plenamente justificável, não só por razões econômicas, mas também éticas. O exercício, pelo juiz, dessa atividade de controle da utilidade do processo no caso concreto, representada pela verificação sobre a admissibilidade do exame da situação da vida, além de evitar despesas desnecessárias ao Estado e ao réu, impede que este último seja indevidamente submetido ao procedimento judicial.<sup>20</sup>

Diante desse quadro, e aceitas as premissas nele fixadas, a indagação pertinente, agora, é outra: como poderá o juiz concluir, desde logo, não ser admissível a proteção pretendida pelo autor por impedimento verificado no plano substancial, não processual?

Ressalte-se que não se trata, agora, de controlar a regularidade do processo em si, mediante verificação dos requisitos necessários a que ele se desenvolva, denominados pela doutrina processual brasileira de "pressupostos processuais". Estes dizem respeito à relação processual. Pretende-se examinar a possibilidade de o juiz verificar na própria relação de direito material a admissibilidade do exame do mérito.

19. Afinal de contas, todos têm direito ao devido processo constitucional, mas nem todos têm direito à sentença de mérito: "A tendência à universalização da tutela jurisdicional é refreada pela legítima conveniência de impedir a realização de processos sem a mínima condição de produzir algum resultado útil ou predestinados a resultados que contrariem regras fundamentais da Constituição ou da própria lei" (Cândido Dinamarco, *Instituições ...*, 5ª ed., vol. II, p. 298).

20. Cf. Cândido Dinamarco, *Instituições ...*, 5ª ed., vol. II, p. 299.

A questão implica enormes dificuldades. Primeiro, identificar eventual diferença entre esta análise de elementos do litígio e o julgamento do mérito propriamente dito. Admitida a distinção, surge o problema de determinar até que ponto o exame de dados da relação controvertida pode ser feito sem que tal atividade configure julgamento do mérito.

As respostas são dadas pelo processualista, que construiu uma técnica segundo a qual, para evitar o desenvolvimento de processo inútil, o juiz deve ir à relação jurídica afirmada pelo autor e examiná-la macroscopicamente — ou seja, em tese. Verifica se, tal como descrita na inicial, a pretensão do autor é em tese admissível pelo ordenamento jurídico material e pode ser deferida imediatamente. O julgador raciocina no condicional. Se concluir que, verdadeiros os fatos, a tutela pleiteada deve ser concedida, é porque o processo deve prosseguir, a fim de ser julgado o mérito.

Com essa análise é possível verificar se alguns requisitos mínimos ao reconhecimento do direito em favor do autor estão presentes. É um exame superficial e parcial da situação da vida, restrito a alguns de seus elementos, mas suficiente para identificar eventual inadmissibilidade evidente da tutela pretendida. A sumariedade reside na circunstância de a cognição ser realizada tão-somente diante do que fora afirmado, apenas para identificar se eventual confirmação dos fatos levará ao acolhimento do pedido.

Basta ler a descrição dos elementos objetivos da demanda para saber, por exemplo, se não existe vedação em tese, no plano material, à satisfação do interesse deduzido na inicial. Se o direito não for admitido em abstrato — quer em razão de alguma condição especial dos integrantes da relação jurídica, quer por características relativas aos fatos em que o pedido está fundado, quer em razão do próprio pedido mesmo —, não há por quê dar continuidade ao processo. Já se sabe que a pretensão do autor está fadada ao insucesso. A obtenção dessa resposta independe de qualquer outra atividade, inclusive da participação do réu.

Mas o processualista prosseguiu na tentativa de construir técnica apta a evitar processos inúteis. Identificou na relação substancial outro elemento cuja ausência, em razão de regras existentes no sistema, constitui óbice à entrega da tutela jurisdicional a quem pretende obtê-la.

Indaga, então, o processualista: quem formulou o pedido de tutela é o titular do suposto direito material? O autor está pedindo tutela jurisdicional para satisfação de interesse substancial seu? Se não, está autorizado a deduzir no próprio nome direito de outrem? Caso ambas as respostas sejam negativas, o juiz deve extinguir o processo, pois já sabe, de antemão, que o autor não receberá a tutela, ainda que verdadeiros os fatos narrados por ele.

Essa resposta, segundo entendimento do legislador e de boa parte da doutrina, não elimina a crise de direito material. Ao dizer para o autor que ele não pode, em seu próprio nome, pedir seja o réu declarado pai do autor, nem postular a extinção de determinada relação jurídica ou a satisfação de um crédito em favor de terceiro, o juiz deixa intacta aquela situação relatada na inicial. Limita-se a dizer que, embora ela possa ser verídica, não há como examiná-la mais profundamente, porque o autor não participa dela e não há qualquer regra excepcional que legitime um terceiro a obter solução para aquela crise.

Continua o processualista procurando dados na relação jurídica material que permitam saber, antes da prática de qualquer ato possivelmente inútil, se o direito pode ser amparado em sede processual.

Então, formula a seguinte pergunta: segundo a afirmação do autor, existe crise no plano do direito substancial? Há resistência à atuação espontânea da regra? Em outras palavras: a atividade jurisdicional já é necessária? O desenvolvimento do processo será útil ao restabelecimento do ordenamento jurídico e da paz social?

Somente diante de resposta afirmativa deve a relação processual prosseguir, pois caso contrário tudo o que se fizer, daí para a frente, poderá ser inútil.

Por fim, tendo em vista especificidades do sistema de tutelas jurisdicionais e da multiplicidade de procedimentos, é preciso verificar se o autor adotou a técnica processual exigida para aquela situação da vida por ele apresentada.

Quer porque desnecessária naquele momento a tutela jurisdicional, quer em razão de não haver a imprescindível adequação entre a situação descrita e a modalidade de tutela ou o tipo de procedimento, o processo será extinto sem que a solução para a crise de direito material seja obtida. O exame realizado pelo juiz destina-se tão-somente a identificar se a tutela jurisdicional pleiteada é realmente útil, se

constitui meio necessário e adequado à eliminação de fenômeno patológico no plano das relações substanciais.

Tal construção deu origem à categoria das *condições da ação*, requisitos necessários ao exame concreto da crise de direito material deduzida perante o juiz. Constitui técnica destinada a possibilitar a verificação, já no início do processo, da viabilidade da tutela jurisdicional.

Este juízo realizado pelo julgador implica exercício da atividade jurisdicional. Entre as várias críticas dirigidas aos adeptos da construção elaborada por Liebman, uma pelo menos é, no mínimo, injusta.<sup>21</sup> Sabe-se que o criador das condições da ação negava natureza jurisdicional à atividade desenvolvida pelo juiz com o fim de identificá-las. Esta conclusão, todavia, é rejeitada pela doutrina brasileira, constituindo uma das restrições à concepção originária da categoria em exame.<sup>22</sup>

#### 4. Noção de "mérito"

Ao propor a ação o autor deve apresentar os fundamentos fáticos e jurídicos do pedido (causa de pedir), bem como especificar a modalidade de tutela jurisdicional e o bem da vida que pretende obter (pedido). É o que se verifica do disposto no art. 282, III e IV, do CPC.

Entende-se por "julgamento de mérito" a resposta dada ao pedido formulado pelo autor. O juiz examina os motivos deduzidos e as provas destinadas a demonstrá-los e, ao final, conclui pela existência, ou não, do direito afirmado. Ao fazê-lo, profere sentença de mérito, eliminando a crise de direito material.

*Julgar o mérito* significa julgar o pedido deduzido na inicial, acolhendo-o ou rejeitando-o.<sup>23</sup> O art. 269 do CPC prevê cinco hipóteses de julgamento de mérito, das quais apenas duas configuram

21. Cf. Fábio Gomes, *Carência da Ação*, pp. 18 e 52.

22. Por todos, cf. Cândido Dinamarco, *Execução Civil*, 8ª ed., p. 383, nota 54, v. também seu *Instituições* ..., 5ª ed., vol. II, pp. 110 e ss., n. 435, e 298 e ss., n. 542.

23. Assim, substancialmente, Flávio Yarshell, para quem *julgar o mérito* significa *julgar o pedido*, ou seja, a pretensão deduzida (cf. *Ação Rescisória - Juízo Rescindente e Rescisório*, p. 115).

realmente exame do pedido: incisos I e IV. Só se julga o mérito propriamente dito se o pedido é acolhido ou rejeitado, bem como se for acolhida a alegação de prescrição ou de decadência, o que não deixa de representar improcedência. As demais situações descritas naquele dispositivo só implicam julgamento de mérito porque o legislador assim estabelece. Reconhecimento jurídico do pedido, transação e renúncia ao direito são formas de autocomposição da lide, mediante atos das próprias partes.<sup>24</sup> Nesses casos, a rigor, o juiz atua no exercício de jurisdição voluntária, pois não substitui a vontade das partes, formulando a regra jurídica concreta. Limita-se a homologar manifestação unilateral ou bilateral de vontade, tornado-a apta a produzir os efeitos de título executivo judicial.

*Mérito* também pode ser concebido a partir da idéia de objeto do processo ou objeto litigioso, que, segundo conhecida construção doutrinária alemã, é fenômeno de natureza puramente processual, não se confundindo com a pretensão de direito material.

Ao contrário de italianos e brasileiros, os alemães pouco desenvolveram o instituto da ação. Centraram sua atenção na pretensão processual (*Anspruch*), considerada o mérito do processo e sobre cujo conteúdo diverge a doutrina. Seria o direito material afirmado, o pedido fundado em determinado estado de coisas<sup>25</sup> ou simplesmente o pedido.<sup>26</sup>

24. Cf. Barbosa Moreira, "Legitimação passiva: critério de aferição. Mérito", in *Direito Aplicado II (Pareceres)*, pp. 370-371.

25. Que para nós seria a *causa de pedir*.

26. A síntese do pensamento doutrinário alemão sobre objeto do processo pode ser examinada em precioso estudo de Dinamarco, para quem, embora não resolvido satisfatoriamente o problema da configuração do objeto do processo, chegaram os processualistas germânicos a dois pontos de concordância: o objeto do processo é identificado exclusivamente pela pretensão, excluídas outras questões prévias e de cuja solução depende o resultado do processo; além disso, a pretensão tem natureza puramente processual, e consiste na aspiração do demandante sobre que incide a decisão judicial. Por fim, conclui o eminente processualista do Largo de S. Francisco: "Não chegaram os germânicos, todavia, a pacificar-se sobre se a pretensão processual assim considerada coincide com o *Antrag* (pedido) ou se é integrada por este, mais a *Sacherverhalt* (estado de coisas, ou causa de pedir)" (Dinamarco, "O conceito de mérito em processo civil", in *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, 5ª ed., pp. 267-273; v. também seu *Capítulos de Sentença*, 1ª ed., 2ª tir., pp. 50 e ss.).

Todo processo tem um objeto, em torno e em função do qual se desenvolvem as atividades dos sujeitos processuais. Este objeto constitui a razão de ser do procedimento e da técnica nele empregada. Não se compreendem adequadamente as formas e os fenômenos verificados no processo sem o correto entendimento do objeto litigioso, que é sinônimo de *pretensão processual*.<sup>27</sup> Este é o cerne dessa posição doutrinária.<sup>28</sup>

De maneira geral, pode-se dizer que predomina entre os alemães o entendimento no sentido de que a pretensão processual ou objeto litigioso constitui o pedido de condenação a uma prestação ou de declaração ou constituição de uma relação jurídica, sendo irrelevante se invocado mais de um fundamento (estado de coisas). Ainda que o autor disponha de várias pretensões de direito material, um só será o objeto litigioso. Se o pedido resulta de relações distintas, na verdade o autor pretende tantas soluções quantas forem elas, havendo pluralidade de pedidos. A situação descrita como fundamento do pedido, todavia, não se converte em objeto litigioso, servindo apenas para individualizá-lo em determinadas hipóteses.<sup>29</sup>

27. A construção referida no texto, como se sabe, é de Karl Heinz Schwab, que considerava essencial a distinção, feita à luz da legislação alemã, de *pretensão processual* e *pretensão material* (cf. *El Objeto Litigioso en el Proceso Civil*, pp. 3-9).

28. Cf. a apresentação feita por Sentis Melendo à tradução espanhola da obra acima referida, p. X. Como bem observa o autor, a construção de Schwab está fundada na pretensão processual e na distinção entre este fenômeno e a pretensão material. A pretensão processual (*Anspruch*) converte-se em *solicitud* (*Antrag*), que não se confunde com petição (*Begehren*). Segundo ele, os seguidores da doutrina de Chiovenda prescindem dessas idéias, pois a pretensão material e a ação são suficientes para compreender o funcionamento do processo. Para satisfazer a pretensão material o autor exerce a ação perante o juiz, que, agindo substitutivamente, irá proporcionar o resultado não obtido pela atividade espontânea de quem deveria realizá-la. A pretensão processual está contida na ação e se confunde com a própria atividade desenvolvida pela função jurisdicional. Por isso, conclui, não há necessidade dessa figura jurídica (idem, pp. X-XI). *Pretensão* seria o poder de exigir alguma prestação ou comportamento, tem por conteúdo a exigibilidade do direito e nasce com a lesão a este (cf. amplo estudo sobre o tema realizado por André Fontes, *A Pretensão como Situação Jurídica Subjetiva*, passim).

29. "Objeto litigioso es la petición de la resolución designada en la solicitud. Esa petición necesita sin embargo en todos los casos ser fundamentada por hechos. Aquí estriba una función sustancial del § 253 II 2 de la ZPO. Sólo en

Nosso sistema processual parte de premissas um pouco diversas. Identifica *mérito* com a lide carneluttiana – ou seja, o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida.<sup>30</sup> *Sentença de mérito* é aquela que resolve a lide,<sup>31</sup> acolhendo ou rejeitando o pedido do autor, porque amparado ou não pelo direito material.<sup>32</sup>

Dai tornar-se imutável, adquirindo força de lei, a sentença que julgar total ou parcialmente a lide, nos limites dela e das questões decididas (CPC, art. 468). Desconsideradas as imprecisões terminológicas do dispositivo, extrai-se dele a impossibilidade de serem novamente submetidas a julgamento todas as questões relacionadas ao litígio, ou seja, ao conflito de pretensões trazido para o processo, resolvidas na sentença. É a *coisa julgada material*.

Não obstante a imutabilidade da sentença de mérito (coisa julgada material) esteja limitada ao dispositivo, a mesma pretensão somente não mais poderá ser deduzida em juízo se coincidirem também as partes e a causa de pedir. Em outras palavras, a imunização do dispositivo da sentença não impede seja o mesmo pedido objeto de outro processo, desde que alterado um dos demais elementos da ação

algunos pocos casos el estado de cosas expuesto con fines de fundamentación sirve para individualizar, pero nunca con la consecuencia de convertir el estado de cosas en elemento del objeto litigioso” (Schwab, *El Objeto Litigioso ...*, p. 251; v. também pp. 241-242). Arruda Alvim considera *objeto litigioso, mérito e lide* como sinônimos (cf. *Manual de Direito Processual Civil*, 7ª ed., vol. 1, pp. 434 e 449-450). Sobre as variações a respeito da noção de *objeto do processo*, v.: Cruz e Tucci, *A Causa Petendi no Processo Civil*, 2ª ed., pp. 92 e ss.; G. H. R. I. Badaró, *Correlação entre Acusação e Sentença*, pp. 44 e ss.; Nelson Nery Júnior, *Teoria Geral dos Recursos*, 6ª ed., p. 165; Susana H. da Costa, *Condições da Ação*, pp. 79 e ss.

30. Sobre as várias concepções de “lide” e as críticas dirigidas a essa categoria do direito processual, cf. José Carlos Teixeira Giorgis, *A Lide como Categoria Comum do Processo*, *passim*.

31. “O julgamento desse conflito de pretensões, mediante o qual o juiz, acolhendo ou rejeitando o pedido, dá razão a uma das partes e nega-a à outra, constitui um sentença definitiva de mérito. A lide é, portanto, o objeto principal do processo e nela se exprimem as aspirações em conflito de ambos os litigantes” (Alfredo Buzaid, *Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973*, item II, n. 6).

32. Galeno Lacerda, *Despacho Saneador*, p. 83. Em seguida, todavia, o ilustre processualista gaúcho amplia a idéia, pois considera *sentença de mérito* todo juízo de valor sobre o pedido – razão por que inclui nesta categoria as decisões que extinguem o processo por ilegitimidade de parte (cf. também p. 88).

(CPC, art. 301, §§ 1º-3º). O dispositivo – resposta dada ao pedido – só é imutável em face das mesmas partes e com o mesmo fundamento. A objeção de coisa julgada – ou seja, da existência de sentença anterior e imutável com idêntico dispositivo – somente será admitida se forem idênticos os demais elementos da demanda. São fenômenos diversos a autoridade da coisa julgada, restrita ao dispositivo, e sua aptidão para impedir novo julgamento sobre o mesmo objeto.<sup>33</sup>

Além disso, o legislador enumera as situações em que há sentença de mérito (art. 269 do CPC). Das hipóteses descritas, três não correspondem a verdadeiro julgamento de mérito, pois o juiz limita-se a homologar acordo ou manifestação unilateral de vontades (reconhecimento jurídico do pedido, transação e renúncia). Trata-se de ato próprio da atividade exercida no âmbito da jurisdição voluntária.

Conteúdo de mérito propriamente dito possui a sentença de acolhimento ou de rejeição do pedido, que compreende o reconhecimento da decadência e da prescrição (CPC, art. 269, incisos I e IV). Ao fazê-lo, o juiz substitui a atividade primária das partes e impõe a vontade concreta da lei à situação de direito material litigiosa, eliminando a crise descrita na inicial. Diz se o autor é, ou não, titular do interesse protegido no plano substancial. A resposta ao pedido de tutela jurisdicional por ele formulado constitui a sentença de mérito, cujo principal efeito é colocar fim à crise de direito material trazida ao processo.

Examinado o problema pelo ângulo da instrumentalidade do processo e do denominado “processo civil de resultados”, o que se espera do instrumento estatal de solução de controvérsias é exatamente a eliminação do litígio, entendido como a crise de direito material representada pela não-atuação espontânea da regra, normalmente por falta de cooperação de alguém. Aqui reside a utilidade do processo. O que interessa, portanto, é a resposta ao pedido formulado pelo autor, pois ele representa a crise verificada no plano das relações substanciais. As demais questões prévias, mesmo que relacionadas aos fundamentos de direito material, devem ser solucionadas *incidenter tantum*, pois de certa forma condicionam o julgamento.<sup>34</sup> Mas

33. Cf. Cândido Dinamarco, “O conceito de mérito ...”, in *Fundamentos ...*, 5ª ed., pp. 275-276.

34. Mesmo as questões de mérito “são resolvidas, como já disse, na trajetória lógica do juiz rumo à decisão do próprio mérito. *Questões de mérito* não se

o resultado útil do processo é representado pela resposta ao pedido deduzido na inicial.<sup>35</sup>

*Mérito*, portanto, no dizer de quem contribuiu decisivamente para o desenvolvimento científico do direito processual brasileiro, representa o “conteúdo material do processo, a porção da realidade social que as partes trazem para o processo e sobre a qual o próprio processo é destinado a operar”.<sup>36</sup> Identificá-lo constitui um dos grandes desafios do processualista.

### 5. Mérito e objeto da cognição judicial

Não obstante o legislador brasileiro identifique *mérito* com a *lide* de Carnelutti, parece haver também recepcionado a lição de Liebman, para quem o *pedido* constitui o objeto do processo, pois ele

confundem com o próprio mérito: são questões relativas a ele, da mesma forma como as dúvidas sobre a regularidade do processo se definem como questões processuais mas não se confundem com o processo em si mesmo” (Cândido Dinamarco, “O conceito de mérito ...”, in *Fundamentos ...*, 5ª ed., pp. 258-259).

35. Tem razão, pois, Cândido Dinamarco ao apontar a existência de “um eixo sistemático ligando o pedido ao *decisum*, entendendo-se que este nada mais é que uma resposta positiva ou negativa àquele. Os fundamentos do pedido, tanto quanto os da sentença, não passam de mero apoio lógico legitimador de um e de outra, mas o processo não é instaurado nem se realiza com o objetivo de obter o pronunciamento do juiz sobre as questões de fato e de direito suscitadas no processo. O objeto das atividades de uns e de outro é, portanto, o *pedido*, por ser ele, como dito, o material que dá razão de ser ao próprio processo e em torno do qual girarão todas as atividades processuais” (“O conceito de mérito ...”, in *Fundamentos ...*, 5ª ed., p. 276).

36. Cf. Liebman, “O despacho saneador e o julgamento do mérito”, in *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*, p. 114. O grande processualista italiano, para determinar o objeto do processo, limita o conceito de “lide” formulado por Carnelutti, procurando, assim, retirar dele a feição puramente sociológica apontada por Calamandrei: é a parte do conflito de interesses a respeito da qual as partes pedem uma decisão; *mérito* é apenas o pedido feito ao juiz em relação ao conflito, não importando a parte da situação da vida não submetida ao processo: “Para o processo, interessa o que for nele deduzido efetivamente e não importam os outros fatos que podem ocorrer pelo mundo afora” (Liebman, *idem*, p. 115). Mas o conflito, mesmo com os contornos estabelecidos pelo autor, não constitui o objeto do processo propriamente dito. O juiz decidirá sobre a providência concreta pleiteada pelo autor: “O que o juiz faz é verificar a procedência do pedido que lhe foi feito para, conseqüentemente, conceder-lhe ou negar-lhe deferimento, em aplicação do que a lei manda e preceitua” (*idem*, *ibidem*, p. 117).

representa o requerimento formulado ao juiz para que ele desenvolva uma atividade de determinado conteúdo. “Julgar a lide” e “julgar o mérito” são expressões sinônimas, porque significam *decidir o pedido do autor*, acolhendo-o ou rejeitando-o, concedendo ou negando a providência pleiteada.<sup>37</sup> *Mérito* constitui, pois, o *thema decidendum*, ou seja, a matéria sobre a qual irá o juiz decidir *principaliter*, que não abrange todo o objeto da sua cognição.

Há questões que, apesar de diretamente relacionadas ao objeto do processo, porque pertinentes à relação de direito material, não se confundem com o mérito, embora para decidir sobre ele tenha o julgador de solucioná-las.<sup>38</sup> Também estão compreendidas na atividade cognitiva do juiz, portanto, as denominadas “questões de mérito”, representadas pelos fundamentos da ação e da defesa, que integrarão a motivação da sentença.<sup>39</sup>

A cognição também incide sobre as denominadas “questões prévias” ou processuais, isto é, aquelas cuja solução pode determinar a extinção do processo sem julgamento do mérito. Superadas todas as questões, o juiz examina o mérito propriamente dito, o objeto do processo, ou seja, o pedido do autor negado pelo réu, a lide tal como reproduzida no processo pelas partes.<sup>40</sup>

Ao contrário do que sustenta parte da doutrina,<sup>41</sup> o exame de determinados elementos da relação material nem sempre leva à senten-

37. Liebman, “O despacho saneador ...”, in *Estudos ...*, p. 122. Na verdade, a identificação de *mérito* com *lide* pode ser aceita com algumas restrições, pois há processos em que inexistente lide, e nem por isso deixa de haver mérito. Cf. as críticas de Dinamarco dirigidas a essa equiparação entre os dois fenômenos, não só à luz da idéia original de “lide” formulada por Carnelutti, como também das adaptações sugeridas por Liebman (Dinamarco, “O conceito de mérito ...”, in *Fundamentos ...*, 5ª ed., pp. 253-254).

38. Cf. Dinamarco, “O conceito de mérito ...”, in *Fundamentos ...*, 5ª ed., p. 241.

39. Cf.: Kazuo Watanabe, *Da Cognição ...*, 2ª ed., pp. 97-110; Flávio Yarshell, *Ação Rescisória - ...*, pp. 114-115. Como bem observa Dinamarco, “constitui objeto do conhecimento do juiz toda a massa de questões que no processo surgirem, venham de onde vierem” (“O conceito de mérito ...”, in *Fundamentos ...*, 5ª ed., p. 256).

40. Cf. Machado Guimarães, “Carência da ação”, in *Estudos de Direito Processual Civil*, p. 100.

41. Cf. Fábio Gomes, *Carência da Ação*, *passim*.

ça de mérito. Segundo técnica processual concebida pelo legislador, destinada a evitar o desenvolvimento de processos desnecessários, deve o juiz realizar prévia análise da situação substancial exposta pelo autor, com o fim de verificar se o litígio deduzido diz respeito a ele e se é atual. Conclusão contrária impede o prosseguimento do processo, sem que a decisão, contudo, solucione aquela crise. O juiz limita-se a afirmar que, em razão de circunstâncias do próprio direito material, a crise não pode ser resolvida naquele processo. Esta decisão não atinge plenamente os objetivos da jurisdição, na medida em que não produz as alterações desejadas no plano substancial. Ainda que algum reflexo ela produza na situação da vida, não é apta para eliminar definitivamente a controvérsia.

*Mérito*, portanto, constitui a pretensão não satisfeita espontaneamente, trazida pelo autor do plano material<sup>42</sup> mediante a demanda e sobre que incide a decisão do juiz. Este é o objeto do processo ou objeto litigioso do processo, consubstanciado no pedido formulado pelo autor. É a *res in iudicium deducta*.<sup>43</sup>

Não raras vezes – e com maior freqüência do que se deseja –, óbices relativos à técnica processual impedem seja atingido o escopo do processo de conhecimento, isto é, a sentença de mérito.

Dentre os vários problemas possíveis, interessam agora aqueles que revelam inexistir relação de adequação entre a lide ou o pedido deduzido pelo autor e o conflito de interesses que a fez surgir. Só pode haver decisão sobre o pedido se ele mostrar-se apropriado ao conflito verificado no plano material.<sup>44</sup>

Essa relação de adequação entre o pedido e o conflito de interesses é determinada pelas condições da ação, cuja ausência impede o exame do mérito e determina a extinção do processo (CPC, art. 267, VI).

42. Também pelo réu, em reconvenção ou mediante pedido contraposto.

43. Cf.: Dinamarco, "O conceito de mérito ...", in *Fundamentos ...*, 5ª ed., pp. 232-251; Donaldo Armelin, *Legitimidade para Agir ...*, p. 45.

44. Cf. Liebman, "O despacho saneador ...", in *Estudos ...*, p. 124. Fala a doutrina italiana em "abstrata proponibilità da demanda" (cf. Gian Franco Ricci, *Principi di Diritto Processuale Generale*, 2ª ed., p. 101).

A opção legislativa, todavia, não impediu o surgimento de controvérsia doutrinária a respeito desse instituto. É numerosa a corrente que entende ser de mérito a sentença de carência da ação.<sup>45</sup>

Tendo em vista tratar-se de posição sustentada por renomados processualistas, com argumentos aparentemente irrefutáveis, o tema ainda merece alguma consideração.

"Julgar o mérito" significa dizer que, em razão dos fundamentos de fato e de direito afirmados na inicial, e eventualmente submetidos à prova,<sup>46</sup> tem o autor direito, ou não, à declaração, à modificação ou à condenação pretendida.

"Julgamento de mérito" constitui, pois, a resposta ao pedido formulado – o que depende, evidentemente, do exame da causa de pedir, ou seja, dos fundamentos de mérito.

Admitida a premissa de que a atividade destinada à verificação das condições da ação é desenvolvida no plano da relação material, resta saber se a cognição realizada com esse fim representa realmente julgamento do mérito, como sustenta respeitável parcela da doutrina.

A questão é complexa, e tem contribuído para dificultar a correta aplicação da técnica processual.

## 6. Visão restrita sobre condições da ação

Não obstante apresentada à doutrina processual há mais de 50 anos e adotada expressamente pelo direito positivo brasileiro, a *teoria das condições da ação*, concebida como requisitos de admissibilidade do julgamento de mérito, suscita ainda grande polêmica entre os processualistas pátrios.<sup>47</sup> Muitos não a aceitam, por entenderem que tais condições, porque extraídas da própria relação de direito material, configuram, na verdade, requisitos necessários à procedência do pedido. A atividade desenvolvida pelo juiz, destinada ao exame

45. Cf. nota 48.

46. "Eventualmente" porque, se não houver controvérsia fática, a prova é desnecessária e o processo será julgamento antecipadamente (CPC, art. 330).

47. As condições da ação foram propostas por Enrico Tullio Liebman em conferência proferida na Universidade de Turim, em 24.11.1949 (cf. "L'azione nella teoria del processo civile", in *Problemi del Processo Civile*, pp. 22 e ss.).

das condições da ação, representaria verdadeiro juízo de mérito, pois demandaria cognição de aspectos da relação de direito material.<sup>48</sup>

Tentativa visando a conciliar as posições opostas quanto à teoria de Liebman, também denominada “eclética” por alguns, pretende determinar a distinção entre *condições da ação e mérito* pela profundidade da cognição exercida pelo juiz.

Em princípio, o exame desses requisitos deve ser feito à luz dos elementos apresentados pelo autor na inicial. Como tais condições são extraídas da própria relação material, é preciso cuidado para não confundí-las com o próprio mérito, se é que essa separação realmente existe.

A situação de direito material é objeto de análise logo no início do procedimento, em estado de asserção, apenas como forma de estabelecer a coordenação entre direito e processo, de cuja existência depende a legitimidade dos atos das partes e do juiz.<sup>49</sup>

Se, para verificação das condições da ação, admitirmos seja a situação substancial examinada profundamente, com cognição exauriente, chegaremos ao absurdo de concluir pela extinção do processo por carência da ação em inúmeras situações nas quais ocorre efetivo julgamento do mérito.<sup>50</sup>

48. Cf.: Araken de Assis, “Sobre o método em processo civil”, in *Doutrina e Prática do Processo Civil Contemporâneo*, pp. 58 e ss.; Fábio Gomes, *Carência da Ação*, passim; Ovidio Baptista da Silva, *Curso ...*, vol. I, pp. 59 e ss.; Galeno Lacerda, *Despacho Saneador*, pp. 75 e ss.

49. Cf. Fazzalari, *Note in Tema di Diritto e Processo*, p. 109.

50. No Brasil muitos adotam esse entendimento, especialmente Machado Guimarães (“A instância e a relação processual”, in *Estudos de Direito Processual Civil*, p. 73, e “Carência da ação”, in *Estudos ...*, pp. 102 e ss.), José Carlos Barbosa Moreira (“Legitimação passiva: ...”, in *Direito Aplicado II ...*, pp. 367 e ss.), Luiz Fux (*Curso de Direito Processual Civil*, 2ª ed., p. 155) e Donaldo Armelin (*Legitimidade para Agir ...*, pp. 94 e 22). A sistematização da denominada “visão assertista” sobre as condições da ação (exame *in statu assertionis*) foi também proposta por Kazuo Watanabe (*Da Cognição ...*, 2ª ed., pp. 76-97). Cf. também a bibliografia citada em Bedaque, *Direito e Processo. Influência do Direito Material sobre o Processo*, 3ª ed., pp. 90 e ss., e “Pressupostos processuais e condições da ação”, *Justitia* 156/187 e ss. No mesmo sentido, v. ainda: Cleanto Guimarães Siqueira, *A Defesa no Processo Civil*, pp. 62 e ss., e Rodrigo Klippel, *As Condições da Ação e o Mérito à Luz da Teoria da Asserção*, pp. 74 e ss.

Assim, impossibilidade jurídica da demanda somente existe na verdade se, sem análise de seus elementos concretos, o juiz verificar que ela é *a priori* inadmissível.<sup>51</sup>

O interesse de agir está ligado à idéia de utilidade do processo, ou seja, a tutela pleiteada mostra-se em tese apta a eliminar a crise de direito material afirmada – o que ocorre se ela for realmente necessária e adequada. Representa a efetiva necessidade de tutela jurisdicional para solução de controvérsia real, segundo descrição feita pelo autor.

A garantia de acesso aos órgãos jurisdicionais pressupõe situação contrária ao direito, segundo a versão da realidade jurídico-material apresentada na inicial.<sup>52</sup>

A legitimidade *ad causam* é representada pela *relação de legítima adequação entre o sujeito e a causa*<sup>53</sup> – ou seja, as partes integram a relação de direito material deduzida na inicial e, por isso, estão em condições de suportar os efeitos da regra jurídica formulada na sentença.

Admitida a existência dessa categoria intermediária entre os pressupostos processuais e o mérito – e o raciocínio, por enquanto, não contém juízo de valor a respeito da teoria em questão –, para bem compreendê-la é imprescindível estabelecer critério seguro destinado a identificar seu conteúdo, já ciente de que esta atividade implica inexoravelmente exame da própria situação de direito material posta em juízo.

Na jurisprudência afirmou-se que o exame da presença das condições da ação “é de ser feito com abstração de serem verdadeiros ou não os fatos narrados na petição inicial. Correta a ilação de que dos fatos narrados decorre a responsabilidade teórica da Municipalidade, envolvendo o mérito da demanda o reconhecimento da existência ou inexistência do direito afirmado” (TJSP, 9ª C. de Direito Público, AI 198.134-5, São Paulo, rel. Des. Paulo Dimas Mascaretti, j. 21.3.2001, v.u.).

51. Embora repudie enfaticamente a denominada “teoria da asserção”, Dinamarco reconhece ser a *possibilidade jurídica* a admissibilidade em tese da demanda, o que significa que cada um de seus elementos é compatível com a ordem jurídica (*Instituições ...*, 5ª ed., vol. II, p. 301). É exatamente esse o cerne da idéia assertista sobre condições da ação.

52. Cf. Vittorio Denti, “Azione”, in *Enciclopedia Giuridica*, vol. IV, p. 6.

53. Cf. Dinamarco, *Instituições ...*, 5ª ed., vol. II, pp. 302-308.

Por esta razão, aliás, há quem diga que a necessidade de recorrer ao direito material para verificação das condições da ação – ainda que limitado o exame ao que fora afirmado na inicial, sem preocupação com a efetiva existência dele – faz com que a ação seja direito parcialmente abstrato condicionado à alegação de existência de um direito substancial.<sup>54</sup>

Em síntese, para não confundir *condições da ação* com o *mérito*, *carência* com *improcedência*, propõe a doutrina critério fundado na profundidade da cognição, que, como veremos, não é suficiente para solucionar todos os problemas relacionados ao tema, mas auxilia sobremaneira o intérprete a evitar confusões entre planos considerados diversos pelo legislador brasileiro.<sup>55</sup>

A ausência de possibilidade jurídica, legitimidade ou interesse muitas vezes também resulta da análise da causa de pedir (dívida de jogo, por exemplo). Nesses casos a dificuldade é ainda maior, e a única maneira de distinguir a categoria das *condições da ação* do *mérito* é pela profundidade da cognição. Se o juiz, após exame profundo do fato constitutivo afirmado na inicial, conclui pela inexistência dele, julga improcedente o pedido.

Essa visão do fenômeno “condições da ação” amplia a possibilidade de o processo cognitivo terminar com sentença de mérito, afastando o grande número de falsas extinções por carência, que tantos problemas têm causado ao sistema.<sup>56</sup>

54. Cf. Mandrioli, *Corso di Diritto Processuale Civile*, 2ª ed., vol. I, p. 55.

55. Para explicar a meus alunos as condições da ação, em tom jocoso, recorro a verdadeiro jogo-de-palavras: ao examiná-las, o juiz aprecia aspectos do mérito, mas não julga o mérito. Por isso, no processo existem sentenças de mérito e de mérito. No processo, enfim, há o mérito e o mérito. Verifico que essa brincadeira talvez possa ser levada mais a sério, pois, como informa Machado Guimarães (“A instância...”, in *Estudos...*, p. 73), corresponde ao que a doutrina alemã considera requisitos referentes ao *mérito principal* (*Hauptsache*), que seria o verdadeiro mérito, e pressupostos referentes ao *mérito* (*Sache*), mas não ao mérito principal, ou seja, ao mérito propriamente dito.

56. Se as condições da ação são requisitos prévios à instauração do processo e “devem estar presentes logo à propositura de demanda sob pena de indeferimento da petição inicial”, e a ausência de um deles leva à extinção do processo por “inexistência, mesmo em tese, do direito ao julgamento do mérito e não (por) circunstâncias de sua própria vida” (Dinamarco, *Instituições...*, 5ª ed., vol. III, p. 129), não se vê como a identificação dessa categoria possa depender

A questão não é tão simples, todavia, como se pretende demonstrar. Mesmo à luz da teoria da asserção, as dúvidas subsistem e não encontram resposta satisfatória. Essa imprecisão não é desejável – razão por que impõem-se novas reflexões a respeito.

### 7. Carência e falsa carência

Feitas estas rápidas considerações sobre as três condições da ação – suficientes por enquanto –, verifiquemos como a construção doutrinária formulada abstratamente opera no plano concreto.

Imagine-se um acidente de veículos e a propositura da demanda pelo suposto titular do direito à indenização, que aponta como réu o antigo proprietário do outro carro, cujo motorista teria agido com culpa. Isso ocorre normalmente naquelas hipóteses em que um dos condutores se evade do local e a identificação é feita pelas placas do veículo. Nesses casos, além do ilícito (CC, art. 186), o pedido tem como fundamento também a responsabilidade do proprietário por atos de outrem. A condenação é pleiteada porque o motorista agiu culposamente e porque o réu, na condição de proprietário, responde solidariamente pelo ato ilícito de terceiro.

Se porventura o réu negar um dos fatos constitutivos do direito afirmado na inicial – qual seja, a titularidade do domínio sobre o veículo –, o ônus de demonstrá-lo é do autor (CPC, art. 333). Inexistente prova a respeito, ou verificada a transferência do bem a outra pessoa em data anterior ao acidente, a improcedência é a solução adequada. Não se trata de ilegitimidade passiva de parte, pois, segundo as afirmações feitas pelo autor, o réu, por ser proprietário, é responsável pela indenização. Demonstrada a alienação do veículo ocorrida antes do evento danoso, a tutela será negada porque inexistente o direito do autor contra o réu.<sup>57</sup>

de exame da veracidade das afirmações feitas na inicial. Por isso, propõe-se seja a questão objeto de nova reflexão pelo Mestre, que tem posição radicalmente contrária à denominada “teoria da asserção” (Dinamarco, *Instituições...*, 5ª ed., vol. II, pp. 316 e ss.). Parece assistir razão a Crisanto Mandrioli, que trata as condições da ação como aspectos de um único requisito ou modo de ser da demanda, por ele denominado de *ipotetica accoglibilità* (*Corso...*, 2ª ed., vol. I, pp. 45-46).

57. Fazzalari é incisivo: “Nella versione più moderna si ritengono legittimi colui che afferma, *in limine litis*, un proprio diritto soggettivo leso e colui



Por partirem de premissa falsa, muitos chegam a afirmar que, proposta ação condenatória versando sobre obrigação pecuniária, demonstrado ter o pagamento da dívida ocorrido antes da demanda judicial, deve o processo ser extinto por ausência de interesse processual.

Ora, pagamento é defesa indireta de mérito, cujo acolhimento leva à improcedência do pedido. Alegado e provado esse fato extintivo do direito do autor, deve o juiz rejeitar a pretensão e extinguir o processo com julgamento de mérito.

Pelas mesmas razões, a ausência de prova da posse pelo tempo necessário à aquisição da propriedade por usucapião leva à improcedência do pedido, não à carência. Examinados os fatos segundo a descrição feita na inicial, a tutela declaratória apresentava utilidade ao autor, pois era o único meio de extrair daquela situação da vida os efeitos jurídicos pretendidos. Produzidas as provas, todavia, verifica-se não haver identidade entre o que fora afirmado e a realidade substancial. Na verdade, o autor não conseguiu demonstrar que, como relatara na inicial, encontrava-se no imóvel pelo tempo exigido pelo legislador para aquisição da propriedade. A pretensão, nesse caso, será rejeitada – ou seja, há sentença de mérito. Não se trata, pois, de carência da ação por falta de interesse processual. Um dos fatos constitutivos do direito à tutela declaratória não restou provado.<sup>58</sup>

che viene indicato come titolare del dovere posto a servizio di tale diritto, e come autore della lesione". Linhas antes destacara a possibilidade de haver discussão sobre legitimidade no curso do processo, o que não implicaria contradição com a idéia de que a situação legitimante é aquela descrita na inicial: "Il controllo della legittimazione ad agire, cioè dell'applicazione di tale regola, non può che svolgersi, *in primis*, nel processo in corso, e nel contraddittorio di quanti vi partecipano" (Fazzalari, "Azione civile ...", in *Digesto ...*, vol. II, p. 34; v. também seus *Istituzioni di Diritto Processuale*, 7ª ed., pp. 315-322, e *Note in Tema ...*, pp. 132 e ss.).

58. Donald Armelin, embora reconheça que a situação imaginada configura verdadeira ausência do direito, visto que não provado o fato jurídico em que ele se funda – qual seja, o decurso do tempo –, invoca razões de política judiciária e processual para concluir pela carência da ação por falta de interesse. É que, assim, o pedido poderia ser reiterado após completado o tempo exigido para a aquisição do direito. Caso contrário, "um julgamento de mérito tornaria inviável nova pretensão do autor quando implementasse o tempo necessário

Todas as hipóteses ventiladas configuram, indiscutivelmente, julgamentos de mérito.

### 8. *Condições da ação e mérito: categorias distintas?*

Passa-se, agora, ao exame da verdadeira carência, ou seja, da ausência real de condições da ação, situação caracterizada na própria petição inicial. Dois são os grandes problemas doutrinários nesta sede. Primeiro, saber se realmente há diferença ontológica entre os exames sumário (condições da ação) e exauriente (mérito) da relação material, ou se ambos possuem a mesma natureza. Depois, verificar se o resultado da análise superficial é apto a adquirir algum grau de imutabilidade.

Aceita a tese de que essa categoria intermediária entre os pressupostos processuais e o mérito é informada por elementos da relação material, surge o dilema: é preciso distinguir com bastante clareza o exame das condições da ação da análise do mérito ou, então, reconhecer de uma vez por todas que condições da ação e mérito se confundem. É preciso, em outras palavras, acabar com as incertezas decorrentes da má aplicação da teoria, sem ignorar a opção feita pelo legislador ao adotá-la. As regras de Hermenêutica impõem seja encontrada a verdadeira função das condições da ação no sistema processual.

Relembremos a configuração de cada uma delas.

*Pedido juridicamente possível* é aquele que, considerados em tese os três elementos da ação (partes, pedido e causa de pedir), não encontra óbice expresso no ordenamento jurídico material.

Mas, ao reconhecer que determinado pedido é juridicamente impossível, ainda que o faça tão-somente com base nas alegações do autor, a rigor, o juiz indefere o pedido de tutela jurisdicional, porque a pretensão não encontra amparo no plano material. Não importa que

de posse para gerar usucapião" (Armelin, *Legitimidade para Agir ...*, p. 65). Pondera-se, todavia, que esse óbice não existe, pois haveria alteração da causa de pedir. Novos fatos teriam ocorrido após a primeira sentença (a continuidade da posse). Se demonstrados, autorizam a tutela declaratória de usucapião, não incidindo a vedação ao exame do pedido decorrente da coisa julgada material. A alteração parcial da *causa petendi* é suficiente para afastá-la.

tal conclusão esteja informada por cognição sumária dos fatos. Ela é suficiente para possibilitar a formação do convencimento sobre a improcedência do pedido.

*Pedido juridicamente impossível* é, então, sinônimo de improcedência?

Quanto ao *interesse de agir*, identifica-o a doutrina com a utilidade da tutela jurisdicional. A dificuldade está em determinar objetivamente o acontecimento da vida apto a revelar essa utilidade. Em que circunstâncias a tutela seria necessária?<sup>59</sup>

Nas ações condenatórias aponta-se a exigibilidade da obrigação como elemento caracterizador do interesse. Ocorre que esse fato integra o próprio direito. Se ele é inexigível, porque não verificado o termo ou a condição, o autor não tem direito à tutela condenatória enquanto não alterada essa situação da vida. Aliás, dependendo do fato impeditivo, é possível que a exigibilidade jamais venha a ocorrer. Basta pensar na *condição*, evento futuro e incerto. A desnecessidade da tutela confunde-se, pois, com a própria existência do direito material.

Fenômeno análogo ocorre com a ação constitutiva. A necessidade da tutela jurisdicional surge com a impossibilidade de obter-se a alteração jurídica em outra via. O processo é o único meio de que dispõe o autor para conseguir a modificação desejada, satisfazendo seu direito potestativo. Também aqui a utilidade da tutela está intimamente ligada ao próprio fato da vida, de cuja existência depende o direito à nova situação substancial.

Tanto na ação condenatória quanto na constitutiva a ausência de necessidade da tutela jurisdicional representa inexistência do direito material, ainda que o exame da situação da vida seja feito em tese, à luz dos fatos afirmados na inicial. Essa cognição é suficiente para a rejeição do pedido.

Talvez apenas na ação declaratória a utilidade da tutela jurisdicional dependa de fato estranho à relação de direito material, cuja

59. Além da *necessidade*, a doutrina recorre, ainda, a outro elemento: a *adequação da tutela*. Ambos revelariam a utilidade da tutela jurisdicional pleiteada (cf. Cândido Rangel Dinamarco, *Execução Civil*, 8ª ed., pp. 420 e ss.; *Instituições* ..., 5ª ed., vol. II, pp. 302 e ss.). Fredie Souza Didier Júnior não considera a *adequação* como aspecto do interesse de agir (cf. *Pressupostos Processuais* ..., pp. 286 e ss.).

existência ou inexistência o autor pretende seja reconhecida. Nesta modalidade de tutela a necessidade está ligada à incerteza objetiva, que não se confunde com o direito a ser declarado. Negar a incerteza não implica declarar inexistente ou existente a relação material. São fatos distintos que informam cada uma dessas situações.

Não são poucas, pois, as dificuldades enfrentadas no estudo do tema. Não se pretende esgotá-lo. Sua investigação será limitada ao estritamente necessário para os objetivos deste trabalho. Como já anunciado, buscam-se, aqui, mecanismos destinados a *relativizar* ou a *flexibilizar* a técnica, para possibilitar que o processo atinja seus escopos no menor tempo possível. Apenas visando a esse fim as condições da ação serão examinadas — ou, melhor, reexaminadas. Tentar-se-á esclarecer se há identificação dessa categoria com o mérito, bem como se a ausência de alguma delas impede o escopo do processo.

### 9. Conseqüências da distinção

Além das questões relativas à própria natureza das condições da ação, necessário enfrentar também o aspecto mais importante da polêmica: qual a relevância prática da distinção de *carência da ação* e *improcedência*, se ambas representam soluções com eficácia no plano material, efeitos, esses, que, segundo vêm admitindo doutrina e jurisprudência, são aptos a adquirir imutabilidade, observados os limites da cognição?

Melhor explicando. A sentença de extinção do processo por carência da ação, no entender do legislador, não configura julgamento de mérito (CPC, art. 267, VI). Não estaria, portanto, sujeita à coisa julgada material (CPC, art. 468). Apesar disso, considerando haver nela algum conteúdo substancial, tem-se entendido que essa eficácia exterior deve adquirir imutabilidade. A questão será objeto de outras considerações. Por enquanto, importa apenas fixar os aspectos essenciais do problema: se realmente a sentença de carência é apta ao trânsito em julgado e se há interesse prático em distinguir este fenômeno da improcedência. Do ponto de vista processual a distinção assume grande relevância. As situações de carência, por serem passíveis de identificação logo no início, autorizam o indeferimento da inicial, solução compatível com o princípio da economia processual. Além

disso, a ausência de qualquer delas pode ser reconhecida de ofício, em qualquer fase do procedimento.<sup>60</sup>

A compreensão da técnica representada pelas condições da ação possibilita que, verificada a ausência de uma delas, o processo seja extinto o quanto antes — o que atende ao princípio da economia processual. Se a sentença de mérito é inadmissível, melhor impedir o desenvolvimento inútil da atividade jurisdicional.<sup>61</sup>

Verifica-se, portanto, haver relevância na distinção, tendo em vista a opção do legislador processual. Ainda que inexistente diferença ontológica entre *condição da ação* e *mérito*, o Código de Processo Civil admite o indeferimento da inicial por carência da ação, bem como o controle a qualquer tempo e *ex officio* dessa categoria (CPC, arts. 267, VI, e § 3º, e 295, II e III, e parágrafo único, III).

Somente essa circunstância já é suficiente para justificar a tentativa de encontrar critério destinado a fixar a linha divisória entre *condições da ação* e *mérito*.

Pelo ângulo do direito material importa identificar a verdadeira sentença de mérito, pois este resultado corresponde exatamente aos

60. Vittorio Denti, ao discorrer sobre a legitimidade, destaca a importância da distinção entre tal condição e a titularidade do direito, pela possibilidade, segundo a jurisprudência italiana, "della rilevabilità d'ufficio del difetto di legittimazione come condizione o requisito dell'azione, la cui sussistenza *interest rei publicae* verificare e che, pertanto, può essere conosciuta *ex actis* in ogni stato e grado del processo" ("Azione", in *Enciclopedia Giuridica*, vol. IV, p. 4). Susana H. da Costa, com muita propriedade, destaca esse aspecto da técnica representada pelas condições da ação (cf. *Condições da Ação*, pp. 124-126 e 140-145).

61. Nesse sentido, substancialmente, Dinamarco, que se refere à clássica fórmula "as preliminares confundem-se com o mérito e com ele serão decididas" (cf. *Instituições* ..., 5ª ed., vol. II, p. 316). Trata-se de gritante atecnia. Embora as condições da ação sejam extraídas da relação material, elas não se confundem com o mérito. E quem não faz diferença entre essas duas categorias deve admitir que a falta de uma das condições da ação implica improcedência manifesta do pedido, devendo a sentença de mérito ser proferida desde logo. É o que, segundo parece, ocorre com a impossibilidade jurídica do pedido, como se tentará demonstrar oportunamente (cf. ns. 11, 12, 13 e 14). Com relação à extinção do processo por carência da ação observo apenas não ser o autor carecedor do direito ao processo, assegurado em sede constitucional. Ele não tem direito ao julgamento do mérito, mas a Constituição assegura-lhe o acesso ao devido processo legal, nos termos do art. 5º, XXXV (cf. Bedaque, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada* ..., 3ª ed., pp. 61 e ss.).

objetivos do processo. Dele resulta a formulação da regra concreta para determinada situação de direito material, com eliminação do litígio e pacificação social. Isso em princípio não ocorre com as sentenças de carência, não obstante os efeitos substanciais que elas produzem. Talvez seja correto afirmar que a ausência de uma das condições da ação pode importar solução de uma pequena parcela da situação de direito material controvertida. Mas sua abrangência é bem menor que aquela alcançada pela sentença de mérito propriamente dita.

A seguir, pretende-se continuar refletindo sobre essas questões.

### 10. Condições da ação e questão de direito

Ao propor a demanda o autor descreve determinada situação da vida, procura demonstrar a subsunção dela à *fattispecie* legal e conclui pela existência de um interesse juridicamente protegido, para o qual pede a tutela jurisdicional.

A premissa maior desse silogismo, portanto, é a conformidade do acontecimento da vida ao direito objetivo. Nessa primeira etapa verifica-se se a pretensão é admitida em tese. Em seguida passa-se a investigar a efetiva ocorrência dos fatos narrados na inicial, ou seja, a premissa menor.

Segundo se afirma, as condições da ação referem-se apenas à premissa maior, devendo ser narrada situação em tese passível de proteção, porque amparada no plano substancial.<sup>62</sup>

Com base nessa construção, a existência de controvérsia fática torna relativamente simples a distinção entre *condições da ação* e *mérito*. Se, imaginando-se verídicos os fatos, o autor tiver direito à tutela jurisdicional, estariam presentes as condições da ação. Apurar a veracidade desses fatos significa realizar juízo de mérito, que poderá levar à procedência ou improcedência do pedido.

A questão não é tão simples, todavia. A primeira dificuldade a ser enfrentada refere-se às situações em que, por fundamento exclusivamente jurídico, o juiz concluir que a tese sustentada pelo autor não tem amparo nas regras de direito material, independentemente de serem verdadeiros, ou não, os fatos.

62. Cf.: Galeno Lacerda, *Despacho Sancador*, p. 78; Hélio Tomaghi, *Da Relação Processual Penal*, 2ª ed., p. 253.

Se o juiz entender, de plano, inadmissível a pretensão, pois fundada em interpretação equivocada de determinada regra, já amplamente analisada e rejeitada pelos tribunais, pode indeferir-la por impossibilidade jurídica do pedido, ou deverá aguardar a contestação e julgar antecipadamente, nos termos do art. 330, I, do CPC?

O indeferimento da inicial só é admitido pelo sistema se juridicamente impossível o pedido, ou seja, se houver vedação expressa ou se os fatos descritos pelo autor não se subsumirem ao tipo legal (CPC, art. 295, parágrafo único, III). Não haveria a possibilidade de a improcedência ser decretada desde logo.

Nessa linha de raciocínio, alegada a inconstitucionalidade de determinado tributo em demanda movida pelo contribuinte, se o juiz já tiver posição firmada em sentido contrário não poderá indeferir a inicial por carência da ação. Terá de aguardar a contestação e julgar antecipadamente, nos termos do art. 330, I, do CPC. Isso porque não há proibição em tese no ordenamento jurídico em relação a esse pedido.

A impossibilidade jurídica do pedido somente se verifica se houver vedação expressa no ordenamento jurídico material. Exemplos são a penhora de bem público, a condenação por dívida de jogo ou a prisão por dívida. Nesses casos o legislador veda em abstrato a pretensão, em razão de um dos elementos da demanda (partes, causa de pedir e pedido).

Mas há determinadas regras de direito material, mesmo no âmbito civil, que contêm a descrição de certos elementos cuja verificação em concreto é essencial à ocorrência do efeito estabelecido pela norma. Ausente um dos requisitos exigidos pelo legislador, não se verifica a consequência jurídica prevista no modelo. São verdadeiros tipos legais. Nesses casos a subsunção do fato à norma depende da verificação concreta de todos os elementos nela descritos abstratamente.

O ato ilícito, por exemplo, somente se verifica se configurado o elemento subjetivo "dolo ou culpa" (CC, art. 186), salvo a hipótese do art. 187. Se alguém pleitear indenização com fundamento em responsabilidade aquiliana, terá de imputar culpa ao réu. Se não o fizer, e a situação não for daquelas em que se admite, excepcionalmente,

a responsabilidade objetiva, parece-me possível o indeferimento da inicial por impossibilidade jurídica do pedido.<sup>63</sup>

O mesmo ocorre se o autor, ao formular pedido declaratório de inexistência de obrigação, cuja extinção deu-se por compensação, descrever dívidas ilíquidas ou de coisas infungíveis (CC, art. 369). Também será juridicamente impossível pedido de adoção formulado por menor de 18 anos (CC, art. 1.618) ou por quem não seja pelo menos 16 anos mais velho que o adotado (CC, art. 1.619).

Em todas essas hipóteses extrai-se a vedação legal pela ausência de tipicidade do fato. A consequência só é admitida se preenchidos determinados requisitos previstos na norma. Se a própria descrição feita na inicial não se apresenta em conformidade com o modelo, a impossibilidade do efeito pretendido é detectada de plano, sem necessidade de qualquer outra atividade processual.

Dai a dificuldade em distinguir a carência por impossibilidade jurídica da improcedência fundada em juízo exclusivamente jurídico. Em ambos os casos não se indaga sobre a veracidade dos fatos, visto que irrelevante este dado.

Esta é a razão por que se tem entendido configurar típica sentença de mérito a extinção do processo por impossibilidade jurídica do pedido. Trata-se de juízo total e definitivo sobre a pretensão.<sup>64</sup>

O mesmo ocorreria, segundo esta posição, com a ilegitimidade de parte. Ao reconhecer a falta de tal condição da ação o julgador emitiria juízo de valor sobre o fundamento jurídico da pretensão, matéria relativa ao mérito do pedido. Se rejeitada a alegação de carência haveria exame da matéria de mérito, mas parcial, pois seria necessário verificar se, embora os fundamentos jurídicos sejam em tese admissíveis, os fatos realmente ocorreram.<sup>65</sup>

63. Cf. Bedaque, "Pressupostos processuais...", *Justitia* 156/55. A situação imaginada configura o fenômeno denominado por Adroaldo Furtado Fabrício de *impossibilidade jurídica implícita*, ou seja, inferível do texto mediante interpretação (cf. "Extinção do processo e mérito da causa", *RePro* 58/16).

64. Cf. Galeno Lacerda, *Despacho Saneador*, pp. 85-86. Segundo precisa lição de Adroaldo Furtado Fabrício, "Extinção do processo e mérito da causa", *RePro* 58/17 e 23.

65. Melhor reproduzir a lição de Galeno Lacerda a respeito dessa questão: "Decidir, portanto, a respeito da existência das condições da ação, no que

Quanto à impossibilidade jurídica do pedido, a sentença que a reconhece tem nítido conteúdo de mérito. Trata-se de verdadeira rejeição do pedido, porque não aceito o fundamento jurídico apresentado pelo autor. E tanto faz que isso ocorra já na inicial ou após a contestação. Não importa se a inadmissibilidade é patente ou se depende do exame de argumentos trazidos pelo réu. Em ambos os casos há juízo definitivo e total sobre a pretensão, ainda que em um deles a cognição tenha sido sumária. Tratando-se de questão de direito, a atividade cognitiva desenvolvida superficialmente muitas vezes é suficiente para autorizar a rejeição do pedido. É verdadeiro julgamento antecipado.<sup>66</sup>

Já a procedência da pretensão é absolutamente inadmissível, pois tal resultado é contrário ao réu, a quem deve ser dada oportunidade de exercer o direito de defesa.

Com relação à ilegitimidade de parte, todavia, embora também exista, aqui, juízo de valor sobre aspectos jurídicos da relação material, não parece haver verdadeiro julgamento do mérito, visto que não ocorre rejeição da pretensão deduzida na inicial. O juiz apenas reconhece que aquele autor não pode obter a tutela em favor de terceiro, mas nada diz sobre o direito deste último. Não há solução integral da lide, com rejeição do pedido, muito embora a decisão assim proferida pressuponha juízo de valor sobre elementos da relação de direito material.

Situação muito freqüente nos tribunais é a execução do valor de multas decorrentes de infração de trânsito com a inclusão no pólo passivo do processo de empresas de arrendamento mercantil.

concerne à possibilidade jurídica e também à legitimação para a causa, é julgar matéria relativa ao mérito do pedido, a seus fundamentos de direito. Constituem elas requisitos indispensáveis à fundamentação jurídica da pretensão. Juntamente com o interesse, integram o título do direito de agir. Por isto, a sentença que der pela falta de qualquer das duas condições resolverá o pedido negativamente e, portanto, a lide. Será sentença de mérito. A que, ao contrário, der pela sua coexistência abordará também matéria de mérito, mas somente parcial, porque terá examinado apenas os fundamentos de direito da ação, a premissa maior do silogismo. Faltar-lhe-á considerar os fundamentos de fato, para a decisão da lide. A impossibilidade jurídica fulmina o pedido, objetivamente considerado, por falta de amparo legal. A ilegitimidade para a causa vicia também o pedido, por inaptidão do sujeito em relação ao objeto" (*Despacho Saneador*, p. 88).

66. Retorna-se ao tema nos itens seguintes, para desenvolvê-lo melhor.

Discute-se se elas são, em tese, responsáveis pelos supostos ilícitos praticados pelo arrendatário do bem. Com fundamento apenas nessa questão de direito pode o juiz, de plano, decidir sobre a continuidade do processo. Se concluir afirmativamente, reconhecerá a legitimidade passiva. Caso contrário extinguirá desde logo a execução por carência da ação.

Não se pode negar, todavia, a grande proximidade entre *legitimidade e mérito*, especialmente nos casos em que não há controvérsia fática sobre a situação legitimante. Como ocorre no exemplo acima, muitas vezes o juízo sobre a legitimidade ativa ou passiva depende apenas de solução a ser dada sobre questão de direito: o autor não é credor porque, não obstante a controvérsia jurídica a respeito da tese afirmada na inicial, entende-se ser outro o titular do crédito. Tal situação não equivaleria a julgamento antecipado, com fundamento no art. 330, I, do CPC?

O mesmo se pode dizer em relação ao interesse processual. Se alguém pretende condenação do réu ao pagamento de obrigação, com fundamento em hipótese de vencimento antecipado sobre que exista controvérsia jurídica (CC, art. 333), a admissibilidade em tese da tutela dependerá do juízo a respeito dessa questão de direito. Se o julgador concluir que a situação descrita não configura vencimento antecipado, extinguirá o processo sem julgamento de mérito, por falta de interesse de agir. Se não, determinará o prosseguimento do processo, a fim de que os fatos afirmados sejam demonstrados. Mas a primeira alternativa não equivale a improcedência do pedido com fundamento em questão exclusivamente de direito?

Para melhor compreensão do problema, passa-se a tratar de cada uma das denominadas "condições da ação", bem como da natureza da respectiva sentença de carência.

## 11. Possibilidade jurídica da demanda

Com relação a uma das condições da ação justifica-se plenamente a controvérsia doutrinária quanto à natureza da sentença que a declara ausente: trata-se da *possibilidade jurídica do pedido*.<sup>67</sup>

67. Segundo Liebman o pedido é juridicamente possível se houver "possibilidade para o juiz, na ordem jurídica à qual pertence, de pronunciar a espécie

Se o juiz, ao examinar a inicial, verifica existir vedação expressa no ordenamento jurídico material ao pedido do autor, deve indeferir-lhe liminarmente por impossibilidade jurídica, extinguindo o processo. Esse resultado, todavia, implica solução definitiva da crise de direito material. Embora tal conclusão seja possível mediante simples exame da inicial, o julgamento põe fim ao litígio, pois o autor não tem o direito afirmado.

Pedido juridicamente impossível equivale substancialmente ao julgamento antecipado com fundamento no art. 330, I, do CPC. A pretensão deduzida pelo autor não encontra amparo no ordenamento jurídico e, por isso, deve ser rejeitada. Tanto faz que essa conclusão seja possível desde logo, porque manifesta a inadmissibilidade, ou dependa de reflexão maior por parte do juiz sobre a questão de direito.

Há litígios, portanto, especialmente no campo do direito público, em que a inadmissibilidade da pretensão é passível de verificação de plano, pois os fatos relatados não se subsumem à descrição legal. Nesta sede a vedação legal decorre não da exclusão em abstrato da pretensão, mas quase sempre da ausência de previsão. Pois bem. Em tais situações evidencia-se a identificação entre impossibilidade jurídica e improcedência reconhecida antecipadamente.<sup>68</sup>

de decisão pedida pelo autor" – caso em que "o juiz não conhece da lide, porque, de qualquer modo, não poderia proferir a decisão pleiteada pelo autor". Os exemplos – válidos para a época – eram o pedido de divórcio e de mandado de segurança contra ato do presidente da República, dos ministros, governadores e interventores (cf. Liebman, "O despacho saneador e o julgamento do mérito", in *Estudos ...*, pp. 124-125). Desenvolvendo essa condição, Cândido Dinamarco propõe seja ela formulada em termos negativos: o pedido é juridicamente impossível se houver vedação expressa no ordenamento substancial, decorrente das partes, da causa de pedir ou do pedido propriamente dito. Isso porque todas as pretensões de tutela jurisdicional devem ser apreciadas pelo Estado (CF, art. 5º, XXXV), salvo aquelas expressamente excluídas pelo próprio sistema (cf. Dinamarco, *Execução Civil*, 8ª ed., pp. 402-404, e *Instituições ...*, 5ª ed., vol. II, p. 302).

68. Conclui, corretamente, Teresa Arruda Alvim Wambier que a impossibilidade jurídica do pedido configura, na verdade, exame do mérito, "ainda que sob o ponto de vista exclusivamente jurídico". A autora reporta-se exatamente ao julgamento antecipado por desnecessidade de prova em audiência. Nesse caso, ver diferença entre *impossibilidade jurídica* e *improcedência* é levar em conta exclusivamente o momento procedimental em que a sentença é proferida.

Verificada a impossibilidade jurídica da demanda, quer isso decorra do pedido, da causa de pedir ou das próprias partes,<sup>69</sup> a cognição realizada pelo juiz é suficiente para julgar improcedente a pretensão de plano. O fato de isso ocorrer logo no início do processo não impede seja a decisão apta a definir integralmente a questão principal do processo. Nela está contida resposta negativa ao pedido do autor, não importando o momento em que proferida ou a cognição que a fundamenta. Trata-se de improcedência *prima facie*.

Sustenta-se que inexistente identidade entre possibilidade jurídica e mérito porque naquela a não-subsunção explícita ou implícita dos fatos ao ordenamento jurídico resulta de exame realizado em abstrato, o que ainda não corresponde à análise do conteúdo da demanda.<sup>70</sup>

Esta conclusão desconsidera, todavia, que todas as questões de direito são solucionadas mediante esse raciocínio. Muitas vezes o juiz tem condições, de plano, de afirmar posição contrária à tese jurídica sustentada pelo autor. Nesse caso, independentemente do momento em que a sentença seja proferida, ela é fruto de idêntica cognição sobre a situação de direito material. Não parece correto afirmar que o indeferimento da inicial leva à extinção do processo sem julgamento de mérito e no julgamento antecipado há sentença de mérito.

considerando-o "uma circunstância, *por si só*, capaz de alterar sua natureza de decisão de mérito para decisão não de mérito, o que é inadmissível" (*Nulidades do Processo e da Sentença*, 5ª ed., pp. 54-55). Também Adroaldo Furtado Fabricio destaca a irrelevância do momento em que a impossibilidade é reconhecida (cf. "Extinção do processo ...", *RePro* 58/17).

Observa Didier Júnior ser a improcedência macroscópica "apenas a forma mais avultante de improcedência, e, por isso, deveria ser tratada ainda com mais rigor – como já acontece com os casos de decadência legal e prescrição em favor do incapaz. O caso é de improcedência *prima facie*" (*Pressupostos Processuais ...*, p. 226). No mesmo sentido Susana H. da Costa, *Condições da Ação*, pp. 92-93.

69. Por isso a doutrina tem preferido a expressão "impossibilidade jurídica da demanda", que pode ser causada pela vedação expressa quanto a qualquer dos elementos da ação (cf. Cândido Dinamarco, *Instituições ...*, 5ª ed., vol. II, p. 301), e não apenas ao pedido, como pareceu a Fredie Souza Didier Júnior (*Pressupostos Processuais ...*, p. 278).

70. Gian Franco Ricci, *Principi ...*, 2ª ed., p. 101. Sobre a impossibilidade decorrente de vedação implícita, cf. Adroaldo Furtado Fabricio, que invoca exemplo do ocupante de cargo em comissão que pretende o reconhecimento judicial da estabilidade (cf. "Extinção do processo ...", *RePro* 58/16).

Em suma, se qualquer dos elementos da demanda for de encontro com o ordenamento jurídico, ainda que essa colisão seja passível de identificação *a priori*, a pretensão será rejeitada.

Nesses casos não há necessidade de exame da legitimidade ou do interesse.<sup>71</sup> Mas não se pode negar que o exame realizado pelo juiz leva em conta *os fatos e as circunstâncias do caso concreto*. Se a ordem jurídica nega que eles, tal como alegados (causa de pedir), possam gerar os efeitos desejados (impossibilidade jurídica da cobrança de dívida oriunda de jogo), a conclusão depende do exame do juízo a seu respeito, ainda que feito *in statu assertionis*.

Esse fenômeno ocorre também em relação às demais condições: o material considerado pelo juiz é extraído da situação de direito material. A diferença é que, ao reconhecer a impossibilidade jurídica, decide-se sobre o próprio objeto do processo, consubstanciado na pretensão deduzida na inicial. Quanto àquela situação substancial afirmada pelo autor, nada mais resta para ser examinado.<sup>72</sup>

Se assim é, não há razão para negar a natureza de sentença de mérito a essa decisão, com aptidão para o trânsito em julgado. Não há sequer necessidade de apurar a efetiva verificação do fundamento fático, pois ele, em tese, já é excluído pela regra material. Esse juízo, embora realizado de plano, é suficiente para definir a situação de direito material, cuja inaptidão para autorizar a tutela jurisdicional é definitivamente reconhecida. O “superlativo estrangulamento entre os planos jurídicos do ordenamento jurídico (substancial e processual)”<sup>73</sup> significa, na verdade, julgamento de mérito, por se tratar de questão exclusivamente de direito, o que dispensa o exame da real ocorrência dos fatos. Isso não ocorre em relação às outras condições, cuja ausência não implica solução integral do litígio, embora a decisão também produza efeitos para fora do processo. A coisa julgada material, neste caso, limita-se a pequena parcela da relação material sobre que incidiu a decisão.

71. Cf. Cândido Dinamarco, *Instituições ...*, 5ª ed., vol. II, p. 301, e *Execução Civil*, 8ª ed., pp. 398-399.

72. Aliás, nas palavras de Cândido Dinamarco, por se chocar com preceitos de direito material, o pedido *jamaís poderá ser atendido* (*Instituições ...*, 5ª ed., vol. II, p. 301). São situações não passíveis de tutela, conforme anunciado previamente pelo legislador (*Execução Civil*, 8ª ed., pp. 398-399).

73. Dinamarco, *Execução Civil*, 8ª ed., p. 401.

Passa-se do abstrato ao concreto.

Controverte-se na doutrina e na jurisprudência a respeito da possibilidade de ser decretada a prisão civil do depositário infiel. Há quem sustente não ser mais admissível essa sanção, ante os termos do Pacto de São José da Costa Rica. Outros entendem haver previsão constitucional, que prevalece sobre os tratados subscritos pelo Governo Brasileiro.

Pois bem. Para quem adota a primeira corrente o pedido de prisão é inadmissível e deve ser rejeitado. A lide será examinada pelo juiz, que rejeitará a pretensão dela decorrente.

Não há diferença substancial entre essa situação e aquela em que o autor pretende, por exemplo, algum benefício tributário restrito a determinada situação jurídica, diversa da descrita na inicial. Também aqui, em face da lide deduzida pelo autor, a solução pretendida é vedada pelo ordenamento jurídico material. Vale a definição de Liebman: à luz da ordem jurídica à qual pertence, não há possibilidade de o juiz pronunciar a espécie de decisão pedida.<sup>74</sup>

Se a demanda colidir com o ordenamento jurídico, ainda que essa conclusão seja possível desde logo, *a priori*, em tese, parece já ter havido exame da pretensão extraída do conflito de interesses. A lide, tal como concebida por Liebman, será julgada, com rejeição do pedido, por manifesta inadmissibilidade.

Ao examinar a inicial, verificando os fatos constitutivos do direito afirmado pelo autor ou o pedido por ele deduzido, muitas vezes o juiz já tem condições de concluir sobre a compatibilidade em tese da pretensão com o ordenamento jurídico. Essa admissibilidade é aferida de várias formas: inexistência de vedação expressa, adequação da descrição ao modelo legal, legalidade das conseqüências extraídas pelo autor. Mediante essa operação o juiz individualiza a regra legal aplicável ao caso concreto e verifica se eventual subsunção dos fatos à descrição abstrata produz os efeitos pretendidos.<sup>75</sup>

74. “O despacho saneador e o julgamento do mérito”, in *Estudos ...*, p. 124.

75. Embora exclua dessa operação preliminar a conformidade em tese dos fatos à norma, Machado Guimarães reconhece já haver, nesse momento, investigação sobre a procedência do pedido, que já diz respeito ao mérito da demanda (cf. “A instância ...”, in *Estudos ...*, p. 73). Cf. também Eduardo Arruda Alvim (*Curso de Direito Processual Civil*, vol. I, pp. 158-160), que se refere

## 12. Identidade entre impossibilidade jurídica e mérito: confirmação

A inclusão da possibilidade jurídica como uma das condições da ação, matéria supostamente estranha ao mérito, tem gerado certa perplexidade e muita confusão, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Pelo exposto no item anterior, verificaram-se as enormes dificuldades enfrentadas no tratamento do tema.

Para tentar justificar a natureza processual do fenômeno, afirma-se ser necessário analisá-lo não pelo prisma do direito material, mas por meio do direito processual, sob pena de apreciação do mérito, não de questão preliminar. Difícil, todavia, admitir que a possibilidade jurídica seja aferida mediante critérios exclusivamente processuais, se eventual vedação da pretensão deduzida encontra-se no direito material.<sup>76</sup>

à impossibilidade jurídica como improcedência patente, óbvia, manifesta. De qualquer modo, trata-se de "típica e acabada sentença de mérito" (Adroaldo Furtado Fabricio, "Extinção do processo ...", *RePro* 58/17; v. tb. p. 22). O autor conclui que: "Ora, responder o juiz ao autor que ele não tem o direito invocado porque, mesmo em tese, sua pretensão não encontra amparo no sistema jurídico, quaisquer que sejam os fatos, é a mais radical de todas as formas possíveis de negar-lhe razão. É uma negativa mais terminante e desenganadora do que, e.g., a fundada na inexistência ou mera insuficiência de prova dos fatos alegados" (*RePro* 58/23).

76. Trata-se de acórdão publicado na *RT* 788/442-445. Argüiu-se como matéria preliminar a impossibilidade jurídica, pois pedido de compensação de crédito tributário só é admissível se da mesma espécie o tributo pago indevidamente – o que não ocorria na hipótese em exame. Veja-se que, a rigor, o autor formulou pretensão tacitamente vedada pelo sistema, pois a compensação naquela situação de direito material, descrita na inicial, é afastada pelo ordenamento jurídico material. Não se pode pensar abstratamente na admissibilidade da compensação, visto que eventual impedimento relaciona-se sempre a determinada situação previamente imaginada pelo legislador. Em síntese, não há como pensar em impossibilidade jurídica sem recorrer ao direito material. E a conclusão a respeito implica afirmar, ainda que no plano exclusivamente de direito, a procedência, ou não, da pretensão. Confusão análoga pode ser apontada também na afirmação de que a impossibilidade jurídica do pedido imediato decorre da vedação, proscricção no ordenamento jurídico processual ou da incompatibilidade lógica com este (cf. *RT* 781/418). O ordenamento processual não obsta a pedidos imediatos. Eventual incompatibilidade expressa ou implícita deve ser examinada à luz do direito material. Nessa linha, pedido juridicamente impossível indica existência de manifesto conflito entre a demanda, por qualquer de

As situações realmente se identificam. Já se discutiu, por exemplo, sobre a admissibilidade em tese de realização de contrato verbal com a Administração Pública, concluindo-se pela inexistência de vedação legal – o que significa haver compatibilidade entre o pedido condenatório fundado nessa relação jurídica e o ordenamento jurídico. O problema seria, pois, de mérito, ou seja, saber se o autor tem, ou não, razão.<sup>77</sup>

Houvesse vedação expressa ou implícita no ordenamento jurídico sobre contrato administrativo verbal, o pedido seria juridicamente impossível. Reconhecida essa situação, todavia, o suposto credor jamais poderia discuti-la novamente em outro processo. Por quê? Em razão de a sentença, após o trânsito em julgado, conter solução definitiva para a crise de direito material. Afirmada a ilegalidade do contrato, o autor não tem direito ao recebimento da importância pretendida. Da mesma forma não terá se, embora admissível a realização pela forma verbal, não ficar demonstrado o fato constitutivo do pedido. Ambas as soluções são ontologicamente iguais, independentemente de uma delas decorrer de simples exame da inicial.

Voltemos ao clássico exemplo da dívida de jogo. Deduzida essa causa de pedir em demanda condenatória, não importam os aspectos fáticos da situação da vida trazida ao processo. É absolutamente irrelevante se o jogo realmente ocorreu, se o autor venceu e qual o valor do suposto crédito. A questão é eminentemente jurídica: a pretensão é vedada pelas regras de direito material. Trata-se, no caso, de situação de direito material identificada pelos civilistas como obrigação natural ou imperfeita, cujo cumprimento espontâneo pelo devedor impede a repetição da importância paga. Este é o único efeito previsto pelo legislador material. Na verdade, portanto, o credor não tem o direito

seus elementos, e as regras jurídicas substanciais. Ôbices eventualmente existentes no ordenamento processual (CPC, art. 923) não configuram impossibilidade jurídica do pedido, mas ausência de requisito ao desenvolvimento válido do processo, pois a decisão a respeito não produz efeito no plano material, mesmo porque o impedimento é temporário. Contra essa conclusão manifestou-se José Orlando Rocha de Carvalho, para quem trata-se de pedido juridicamente impossível a hipótese referida, como também a ausência de garantia para a ação de embargos à execução (cf. *Teoria dos Pressupostos* ..., pp. 16-18).

77. STJ, 1ª T., REsp 451.125-RS, rel. Min. José Delgado, j. 17.12.2002, DJU 24.3.2003, p. 147.



subjetivo de exigir a satisfação dessa obrigação. O reconhecimento desse fenômeno configura sentença de mérito, pois implica solução definitiva e completa do litígio.<sup>78</sup>

Esta conclusão não impede o pagamento espontâneo da dívida, nem é incompatível com a impossibilidade de repetição.<sup>79</sup> Ao julgar improcedente o pedido, o juiz limita-se a afirmar inexistente a obrigação de pagamento, ante o disposto no art. 814 do CC. Nada dispõe sobre o cumprimento voluntário dessa obrigação natural, muito menos regula eventual repetição. Simplesmente reconhece ser judicialmente inexigível o direito, por vedação expressa existente no sistema. A eficácia desse julgamento atinge diretamente o plano material, pois se nega ao autor a exigibilidade de seu direito. O trânsito em julgado dessa decisão impedirá definitivamente a obtenção de tutela condenatória com fundamento na mesma situação jurídico-substancial. Em outras palavras, o reconhecimento da impossibilidade jurídica do pedido fulmina a pretensão do autor, respeitado o disposto no art. 814 do CC quanto à inadmissibilidade de se cobrar outra vez a importância paga voluntariamente.<sup>80</sup>

Não faz diferença se a improcedência decorre de exclusão expressa pelo ordenamento jurídico ou da não-subsunção do fato a uma previsão legal. Em princípio, a isenção tributária não se estende às taxas e contribuições de melhoria (CTN, art. 177). Seria juridicamente impossível ou improcedente pedido com esse conteúdo?

Se um juiz ameaçado de perda do cargo por decisão administrativa propuser demanda com pedido declaratório pleiteando o reco-

78. Segundo Comoglio, nesses casos de obrigação natural a carência da ação outra coisa não é senão a inexistência de direito subjetivo a ser tutelado (cf. "Note ripielogative ...", *Rivista di Diritto Processuale* 2/476).

79. Contra: Dinamarco, *Execução Civil*, 8ª ed., p. 405.

80. Nos dois outros exemplos invocados por Dinamarco – rejeição de demanda rescisória fundada em violação a literal disposição de lei, em razão de o julgamento adotar uma das correntes jurisprudenciais (Súmula 343); inadmissibilidade de exame do mérito administrativo (cf. *Execução Civil*, 8ª ed., p. 405) – também existe decisão de mérito, ainda que pronunciada de plano. Em ambos os casos a pretensão do autor é rejeitada, embora em nenhum dos casos haja exame da tese sustentada pelo autor. Conclui-se pela inexistência do direito, pois o fundamento deduzido pelo autor não é apto a proporcionar o resultado pretendido. Embora se trate de questão de direito, nega-se a própria pretensão. Cf., a respeito, Susana H. da Costa, *Condições da Ação*, pp. 103-105.

nhecimento da garantia constitucional da vitaliciedade, não obstante ainda não completados os dois anos (CF, art. 95, I; Lei Orgânica da Magistratura Nacional/LOMAN, art. 20), formulará pedido juridicamente impossível? Qual a natureza da decisão que denega mandado de segurança impetrado por candidato a concurso da Magistratura Federal com idade inferior a 25 anos (LOMAN, art. 5º)?

O limite entre a impossibilidade jurídica do pedido decorrente da vedação expressa no ordenamento material e a improcedência pela não-subsunção do fato a uma regra, se existente, é muito tênue. Não parece haver diferença substancial entre tais decisões. Em ambas o juiz rejeita o pedido do autor, por não ser ele admitido pelo legislador, que não o previu ou que o excluiu. Substancialmente, o fenômeno é o mesmo.<sup>81</sup>

Neste caso, a profundidade da cognição não altera a natureza da sentença, pois o exame superficial, feito em tese, é suficiente para possibilitar conclusão sobre o próprio pedido formulado pelo autor – ou seja, sobre o mérito. Ao reconhecer a impossibilidade jurídica o juiz afirma não possuir o autor o direito afirmado. Ao fazê-lo, põe

81. Assiste inteira razão a Donaldo Armelin, que vê na impossibilidade jurídica do pedido ou da causa de pedir verdadeira improcedência *prima facie*: "Com efeito, dizer que um pedido é insubsumível às normas jurídicas do sistema jurídico vigente, porque existe uma vedação expressa a respeito, não difere de se julgar que um pedido não pode ser acolhido porque não provou o autor a existência do suporte fático indispensável à sua subsunção à norma legal invocada. Ambos levam à rejeição do pedido em razão de sua carente fundamentação. Apenas, em um caso inexistem fundamentos jurídicos; noutro, fáticos" (*Legitimidade para Agir* ..., p. 53). Acrescento ser mais evidente ainda a identidade ontológica entre as situações nas hipóteses de improcedência reconhecida antecipadamente, por versar a controvérsia questão exclusivamente de direito (CPC, art. 330, I). Neste caso, tanto quanto na impossibilidade jurídica, a rejeição não se dá por ausência de prova do suporte fático, mas porque o suporte fático não se subsume a regra alguma do ordenamento jurídico substancial. Ausência de subsunção da *causa petendi* não difere de exclusão dela, especialmente porque muitas vezes as regras materiais contêm exigências específicas, cujo não-cumprimento implica não-subsunção ou exclusão dos fatos constitutivos deduzidos pelo autor. Em outras palavras, a exclusão pode ser explícita ou implícita, não havendo razão para tratar diferentemente a sentença em um e em outro caso. Em ambos o juiz nega o direito do autor. Trata-se de improcedência, pois. Sobre a existência de vedação implícita, que equivale à expressa, cf. José Orlando Rocha de Carvalho, *Teoria dos Pressupostos* ..., pp. 15-16.

termo à crise de direito material. Com fundamento naquela situação da vida o autor jamais poderá formular idêntico pedido.<sup>82</sup>

Pensemos, ainda, em outra hipótese. O autor pede a condenação do réu com fundamento em dívida de jogo. Sustenta na inicial a admissibilidade do pedido apesar da vedação expressa do Código Civil, invocando determinada medida provisória que, em seu entender, revogou a proibição legal. A admissibilidade, ou não, da causa de pedir, neste caso, depende da interpretação a ser dada a essa nova regra. Caso o juiz não aceite o ponto de vista sustentado pelo autor, irá julgar improcedente o pedido ou considerá-lo juridicamente impossível?

Qualquer que seja a resposta, a eficácia dessa sentença no plano material irá solucionar definitivamente a lide, impedindo seja aquela relação de direito material fundamento de pedido idêntico.

Mas, então, qual seria a relevância em distinguir a *impossibilidade jurídica da improcedência*? Nas primeiras edições deste estudo, afirmei: "A resposta é dada pelo legislador processual: a primeira submete-se ao regime dos arts. 267 e 295 do CPC. A improcedência macroscópica – impossibilidade jurídica – pode ser decretada de plano. Relevante, pois, a preocupação em distingui-las, ainda que os efeitos materiais sejam análogos".

Em razão de modificação no ordenamento jurídico brasileiro, essa conclusão comporta algumas considerações.

Hoje, por força do disposto no art. 285-A, é possível a rejeição liminar da demanda se a tese de direito não for admitida pelo ordenamento jurídico, desde que no juízo haja julgamentos anteriores nesse sentido. Há proposta, formulada pela Comissão constituída pelo Senado para elaboração de anteprojeto do novo Código de Pro-

82. Por isso Comoglio exclui a possibilidade jurídica do âmbito das condições da ação. A admissibilidade hipotética da demanda, representada pela existência de norma jurídica em que o direito afirmado esteja regulado em abstrato, "potrebbe, altrimenti, definirsi *ex ante* come di *ammissibilità giuridica del provvedimento* di tutela richiesto – presuppone casi-limite di sapore puramente scolastico (ad esempio, l'annullamento di un contratto per causa non prevista dagli artt. 1.425-1.446 c.c.), riguardando semmai il fondamento giuridico (e quindi l'*accoglibilità nel merito*) della proposta domanda, da accertarsi *ex post* con la decisione finale" (Comoglio, Ferri e Taruffo, *Lezioni sul Processo Civile*, p. 307).

cesso Civil, destinada a ampliar esse indeferimento da inicial com julgamento de mérito. Não se cogita mais da necessidade de decisões anteriores no mesmo juízo, mas exige-se que o pedido, manifestamente improcedente, seja contrário a súmula de tribunal superior ou que a conclusão do juiz não se oponha a orientação sumulada daquelas cortes (Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça). Com isso, a impossibilidade jurídica acaba por identificar-se plenamente com o mérito, inclusive quanto a aspectos processuais. Por essa razão, aliás, a mesma Comissão sugere seja eliminada essa condição da ação.

### 13. *Impossibilidade jurídica e mérito: ainda a teoria aplicada*

Continuemos o exame de situações concretas.

Até 1992 filha solteira de funcionário público do Estado de São Paulo tinha direito a pensão (Lei 180/1978, art. 147, II). A partir de 4 de dezembro daquele ano, com a entrada em vigor da Lei Complementar 698, o dispositivo foi alterado e o benefício ficou restrito aos filhos incapazes e inválidos. Demanda proposta anteriormente à nova redação seria acolhida. Hoje o pedido seria rejeitado, pois filha solteira de funcionário falecido não tem mais direito a pensão.

Trata-se, todavia, de improcedência ou de impossibilidade jurídica do pedido? Dizer que os filhos incapazes e inválidos são beneficiários do servidor é o mesmo que vedar o benefício a todos os demais, inclusive às filhas solteiras. Limitar os beneficiários não difere, ontologicamente, de excluir alguns de forma expressa. Pedido juridicamente impossível deve, pois, ser julgado improcedente, com solução definitiva do litígio.

A impossibilidade jurídica da demanda nada mais é, portanto, que a improcedência manifesta do pedido, passível de verificação com a simples leitura da inicial, de tão patente a inconsistência da tese jurídica sustentada pelo autor.

Proposta de modificação do Código, apresentada pela Associação dos Magistrados Brasileiros, torna possível o indeferimento da inicial com julgamento do mérito quando o pedido estiver em confronto com Súmula do STF, dos tribunais superiores ou do tribunal ao qual o recurso será interposto.

Na verdade, essa sugestão confere maior extensão à idéia de "impossibilidade jurídica". A inicial será indeferida não apenas quando a pretensão estiver vedada pelo legislador, mas também quando for de encontro a orientação jurisprudencial.

A proposta não só foi aceita, como substancialmente ampliada pela lei n. 11.277, de 7.2.2005, que acrescentou o art. 285-A ao CPC. Segundo essa regra, se a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sentença de total improcedência em caso idêntico, poderá ser simplesmente reproduzida a decisão anterior, sem necessidade de citação. Trata-se de mais uma hipótese de indeferimento da inicial com julgamento de mérito, bastando, para tanto, a existência de caso análogo já decidido naquele juízo.

Em ação direta, a OAB argüiu a inconstitucionalidade do dispositivo. Não consigo compreender os fundamentos do pedido. O réu não teve direito ao contraditório, mas o resultado lhe é favorável. Aliás, o indeferimento da inicial, com julgamento de mérito, não é novidade no sistema (CPC, art. 295, inciso IV). Ao autor foi assegurado o acesso à Justiça, tanto quanto na hipótese de rejeição liminar por impossibilidade jurídica, decadência, prescrição ou de julgamento antecipado (CPC, art. 330). Nessa medida, não vejo razão para tanta controvérsia sobre regra legal absolutamente compatível com o ordenamento jurídico.

Verifica-se, pois, que *impossibilidade jurídica e improcedência* são fenômenos ontologicamente iguais. A diferença está no maior ou menor grau de incompatibilidade entre a pretensão e o sistema. Contrariar frontalmente a regra de direito material é impossibilidade jurídica. Divergir de orientação de determinados tribunais implica improcedência passível de verificação na própria inicial. Questões de direito mais complexas podem ensejar o julgamento antecipado.

Por isso, errou o legislador ao considerar a possibilidade jurídica como condição da ação cuja ausência importaria decisão sem conteúdo de mérito (CPC, arts. 267, VI, e 295, parágrafo único, I), apenas porque manifesta a incompatibilidade da demanda com o ordenamento jurídico-material.<sup>83</sup>

83. "Ora, o direito material (excepcionalmente também o direito processual, como se viu *supra*) veiculado no bojo do pedido não deveria constituir,

Reitera-se observação feita em parágrafo anterior. Comissão constituída pela presidência do Senado Federal para elaboração de anteprojeto do novo Código de Processo Civil brasileiro, propôs a eliminação da possibilidade jurídica e a ampliação das hipóteses de rejeição liminar da demanda, com julgamento de mérito. Desde que a decisão não contrarie jurisprudência sumulada de tribunal superior, pode a inicial ser indeferida se a tese sustentada pelo autor, no entender do juiz, não estiver amparada pelo ordenamento jurídico, independentemente da existência de decisões anteriores sobre o tema.

Vamos a outra situação extraída da experiência, consubstanciada na declaração de inexistência de um direito porque os fatos afirmados pelo autor não encontram amparo no ordenamento jurídico.

Servidor público contratado pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho postula judicialmente o reconhecimento do direito a determinado benefício, concedido expressamente a funcionários públicos estatutários. O réu apresenta defesa de mérito, sustentando interpretação restritiva da regra legal, aplicável apenas aos funcionários concursados. Se o juiz entender que a norma invocada não tem o alcance pretendido, poderá julgar antecipadamente o processo, rejeitando o pedido — ou seja, com julgamento de mérito.

Nessa mesma hipótese, se o juiz já tem convicção firmada a respeito da interpretação restritiva, não poderá rejeitar a inicial por entender que o pedido do autor está vedado pelo ordenamento jurídico

pela constatação *prima facie* de sua inexistência, uma condição de admissibilidade de seu próprio exame. Ou seja, não se deveria transvestir o grau de imediatidade da aferição da inexistência de um direito em condição de admissibilidade dessa própria constatação, que é matéria, normalmente, de mérito" (Donaldo Armelin, *Legitimidade para Agir* ..., p. 55).

Na regulamentação do processo civil a ser seguido pela União Europeia previu-se a possibilidade de o juiz abreviar o procedimento, rejeitando a demanda não só por problemas da relação processual, mas também se manifestamente infundada (cf. Paolo Biavati, "I procedimenti civili semplificati e accelerati: il quadro europeo e i riflessi italiani", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 3/764). Na doutrina portuguesa afirma-se ser de mérito, por se tratar de proponibilidade substantiva, não processual, a rejeição liminar da inicial em razão da ausência de proteção, pelo ordenamento jurídico, do objeto para o qual o autor pretende obter tutela jurisdicional (cf. Maria José de Oliveira Capelo, "Interesse processual e legitimidade singular nas ações de filiação", *Stydia Iuridica* 15/43).

co? Se o fizer, estará extinguindo o processo com ou sem julgamento de mérito? A resposta só pode ser uma: em ambos os casos – não importa o momento em que ocorre o pronunciamento judicial –, idêntica em profundidade é a cognição realizada pelo juiz da situação substancial. Também não há diferença alguma quanto aos efeitos do julgamento no plano material. Quer o juízo decorra de exame da inicial, quer leve em conta a contestação, dar-se-á a solução integral do litígio. Esses funcionários jamais poderão pleitear o benefício, porque considerado indevido por decisão definitiva e imutável.

Confirma-se a tese: a distinção entre impossibilidade e procedência só tem relevância no plano processual, pois o regime quanto ao controle de cada uma dessas situações é diverso. Se a improcedência é macroscópica, especialmente porque a pretensão é vedada expressamente, ou até mesmo se houver proibição implícita, o pedido poderá ser rejeitado liminarmente, pois juridicamente impossível.

Do ponto de vista substancial, todavia, em ambos os casos haverá julgamento total da lide (CPC, art. 468), não obstante o disposto no art. 267, VI, do CPC.

#### 14. Possibilidade jurídica e pretensão

“Pretensão” é termo equívoco na doutrina processual brasileira. Acrescido de adjetivos (pretensão de direito material e pretensão processual) ou associado ao fenômeno “ação” (ação de direito material e ação de direito processual), torna-se fenômeno ainda mais complexo e de difícil compreensão.

Não se pretende ingressar na discussão, não só porque estranha aos objetivos do estudo, como também pela confessa incapacidade do autor em descobrir algum efeito prático desta construção doutrinária.<sup>84</sup>

84. Aceito as críticas porventura dirigidas à aparente indiferença em relação a tão importante corrente do pensamento processual brasileiro. Não se trata de desrespeito ou desprezo, mas de dificuldade em compreendê-la, decorrente de minhas limitações. Felizmente, não estou sozinho: “Não é sem motivo que certas construções se arriscam a parecer enigmáticas aos olhos de quem não esteja familiarizado com os matizes, às vezes sutilíssimos, da palheta doutrinária. Muitos se sentirão inclinados a ver em tudo isso algo como a pura e anacrônica reedição de não-se-sabe-que vetusta querela bizantina” (José Carlos Barbosa

Mas com a entrada em vigor do Código Civil de 2002 a questão deixou o plano exclusivamente científico, pois o art. 189 refere-se expressamente ao nascimento e à extinção da pretensão, que surge com a violação ao direito e se extingue pela prescrição.<sup>85</sup>

Assim, vencida e não cumprida a obrigação, o credor passa a ter pretensão, que outra coisa não é senão o poder de exigir o adimplemento. No campo dos direitos reais, por exemplo, a pretensão regulada pelo art. 189 nasce com o ato, praticado por alguém, lesivo à propriedade.<sup>86</sup>

Na mesma medida em que o direito material prevê a extinção ou ineficácia da pretensão, estabelece direitos desprovidos dela, como ocorre com a dívida oriunda de jogo (art. 814 do CC). O direito existe, mas o credor não tem o poder de exigí-lo. Tanto que o pagamento voluntário não confere ao devedor a possibilidade de repetição.<sup>87</sup>

Ora, se a perda ou a ineficácia do poder de exigir o pagamento, decorrente da prescrição, implicam extinção do processo com julgamento de mérito (CPC, art. 269, IV), por que o reconhecimento da inexistência desse mesmo poder leva a sentença com conteúdo diverso (CPC, art. 267, VI)?

A improcedência do pedido por prescrição é antecedida de cognição sobre o mérito, que não esgota, todavia, todos os aspectos da relação material. O juiz não procura indagar se o direito realmente

Moreira, “Notas sobre pretensão e prescrição no sistema do novo Código Civil brasileiro”, *RF* 366/121).

85. Segundo Barbosa Moreira não se trata, na verdade, de extinção, pois, como a prescrição não pode ser reconhecida de ofício, deve a demanda ser julgada procedente, não obstante tenha ela ocorrido (CC, art. 194; CPC, art. 219, § 5º). E não seria admissível o acolhimento do pedido se já extinta a pretensão. Com a prescrição dá-se, pois, a mera ineficácia da pretensão (cf. “Notas sobre pretensão ...”, *RF* 366/124).

86. Os direitos a que correspondem prestações, e cuja violação faz nascer a pretensão, estão sujeitos a prescrição. Já aqueles denominados “potestativos”, em razão dos quais o titular tem o poder de influir na esfera jurídica de outrem, em razão dos quais o titular tem o poder de influir na esfera jurídica de outrem, que não está obrigado a qualquer contraprestação, submetem-se a prazos decadenciais (cf. Agnelo Amorim Filho, “Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis”, *RT* 300/7 e ss.).

87. Como observa Barbosa Moreira: “O pagamento não é indevido: o credor terá recebido aquilo a que fazia jus, conquanto não tivesse o poder de exigí-lo” (“Notas sobre pretensão ...”, *RF* 366/123).

existia, ou não. Limita-se a afirmar que, existente ou não, o poder de exigir tornou-se ineficaz ou se encontra extinto.

O mesmo ocorre em relação à impossibilidade jurídica da demanda. Ainda que verdadeiros os fatos afirmados na inicial, já se sabe de antemão que o autor não tem o poder de exigir, por opção do legislador material.

A razão de se admitir tal solução é a mesma em ambos os casos: economia processual. De fato, se é possível saber desde logo, sem maiores investigações quanto ao restante do mérito, que a pretensão não existe, tornou-se ineficaz ou foi extinta, por que prosseguir com o processo? Mesmo que o autor demonstre os fatos constitutivos de seu direito, concluir-se-á pela ausência ou ineficácia do poder de exigir. Se assim é, não há motivo para a prática de atos inúteis, que não têm o condão de determinar o resultado do processo.<sup>88</sup>

Em conclusão, o juízo a respeito da pretensão é de mérito, pois a decisão põe fim ao litígio, ainda que para tanto seja desnecessário examinar completamente os aspectos da relação material.

Declarada a inexigibilidade do direito, porque inexistente ou ineficaz a pretensão, não poderá mais o autor pleiteá-lo judicialmente. Embora superficial, a análise realizada no plano substancial foi suficiente para a eliminação completa da crise de adimplemento.

Não pode essa sentença ser equiparada à que reconhece a ilegitimidade de parte ou a falta de interesse de agir. A diferença é ontológica, visto que ao reconhecer a impossibilidade jurídica o juiz define a ausência de um dos elementos essenciais ao direito material

88. A lição de Barbosa Moreira é precisa: "O princípio da economia processual impõe que o pleito se encerre com o mínimo de dispêndio possível de energias. Em geral, é mais fácil para o juiz apurar se ocorreu prescrição do que averiguar os outros aspectos do mérito, que podem reclamar atividade instrutória mais complexa. Por outro lado, se o órgão jurisdicional se convence de que efetivamente decorreu *in albis* o prazo prescricional, de nada adiantaria qualquer investigação suplementar, pois, ainda a concluir-se que assistia razão ao autor, não seria possível dar-lhe ganho de causa; a alegação de prescrição lhe haveria tolhido eficácia à pretensão. Desse ponto de vista, portanto, é indiferente que o autor tivesse razão. A comodidade da expressão sugere que se fale *como se ele a tivesse*" ("Notas sobre pretensão ...", *RF* 366/125). Lembro que agora, por força de alteração legislativa (lei n. 11.280, de 16.2.2006), a prescrição pode ser declarada de ofício em qualquer hipótese (art. 219, § 5º).

(pretensão) e o considera inexistente. É típica sentença de mérito, pois apta a colocar fim ao litígio, que não poderá mais ser trazido ao âmbito do Poder Judiciário, por força da coisa julgada material. Na medida em que a sentença deu solução total à lide, a imutabilidade atende a esse limite (CPC, art. 468). Já a declaração de ilegitimidade ou da falta de interesse pode resolver apenas parcialmente a situação de direito material posta em juízo.

Em razão disso, os efeitos são diferentes – e, conseqüentemente, não pode ser idêntica a imutabilidade deles.

Se simultaneamente ausentes a possibilidade jurídica e qualquer das demais condições da ação, a sentença de carência necessariamente fará menção à impossibilidade, tendo em vista ser a eficácia dessa decisão dotada de maior abrangência e estabilidade.<sup>89</sup>

Quanto a essa condição da ação, portanto, fica registrada alteração do entendimento sustentado em outras oportunidades.<sup>90</sup> Conclui-se que a carência por impossibilidade jurídica configura exame de mérito propriamente dito, pois o juiz, ao verificar se os elementos da demanda são compatíveis com o ordenamento material, analisa concreta e integralmente toda a pretensão. Se concluir pela inadmissibilidade dela, ainda que em tese, proferirá juízo sobre matéria de direito, rejeitando-a. Esse julgamento equipara-se ao proferido na hipótese do art. 330, I, do CPC.

Em outras palavras, *demanda juridicamente impossível* significa ser irrelevante eventual controvérsia fática, pois a improcedência

89. Não se trata – ao contrário do que pareceu a Donaldo Armelin – de questão meramente acadêmica, pois não é indiferente o reconhecimento de um ou de outro motivo para fundamentar o decreto de carência. As conseqüências são profundamente diferentes. Em nenhum dos casos a mesma demanda poderá ser reproduzida. Afirmada a impossibilidade jurídica, todavia, a inadmissibilidade torna-se absoluta (cf. Donaldo Armelin, *Legitimidade para Agir* ..., p. 106). Dai assistir razão a Michele Fornaciari: "L'interesse pubblico – che, come si è visto, è quelle in relazione al quale deve ragionarsi – è, in generale, sicuramente nel senso della conclusione più definitiva possibile della lite sottoposta all'esame del giudice. Fra due possibili motivi di rigetto della domanda, uno più preclusivo e l'altro meno, è dunque sens'altro al primo e nel secondo, che dovrebbe darsi la priorità" (*Presupposti Processuali e Giudizio di Merito. L'Ordine di Esame delle Questioni nel Processo*, p. 56).

90. Cf. Bedaque, *Direito e Processo* ..., 3ª ed., pp. 98-99.

pode ser afirmada desde logo, por manifesta colidência com a ordem jurídica. Esse resultado representa verdadeiro julgamento de mérito, na medida em que resolve a lide e elimina definitivamente a crise de direito material.

### 15. *Legitimidade ad causam*

A legitimidade pode ser identificada com certa facilidade, mediante exame elementar de alguns aspectos da demanda, sempre que o legislador exigir determinada condição jurídica específica da parte para ocupar um dos pólos da relação processual: cidadão, para a ação popular; casado, para a ação de separação. Nesses casos deve o autor demonstrar a situação jurídica especial logo ao propor a ação. A verificação dessa exigência pelo juiz não implica análise de qualquer elemento da relação de direito material.

Também a legitimidade extraordinária é aferida sem necessidade de qualquer juízo de valor sobre elementos da relação material controvertida. Basta verificar se existe autorização especial para que a parte figure em um dos pólos do processo, em nome próprio, defendendo direito de outrem.

Para fugirmos dos exemplos habituais, no âmbito do Direito Internacional os Estados podem agir perante a Corte Internacional de Justiça em nome próprio, para postular interesses seus ou de súditos cujo direito subjetivo tenha sido violado por Estado estrangeiro. Neste caso verifica-se o fenômeno denominado "endosso", admissível porque, como a pessoa física ou jurídica de direito privado não tem capacidade processual para atuar na Corte Internacional, ao Estado de origem cabe a defesa dos direitos subjetivos públicos fundamentais de seus súditos, na condição de substituto processual. Mas essa legitimidade extraordinária somente existe se houver vínculo de nacionalidade entre o substituído e o autor. Este é o requisito a ser aferido para verificação da condição da ação.<sup>91</sup>

Há situações, todavia – e constituem a grande maioria –, em que inexiste essa delimitação quanto à legitimidade. Nessas não há

91. Cf. J. R. Franco da Fonseca, "Pressupostos processuais e condições da ação no Direito Internacional", *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* 104-106/53.

alternativa senão o exame da relação de direito material, tal como afirmada na inicial, para verificar se autor e réu ocupam, na situação legitimante, posições que justificam sua inclusão nos pólos ativo e passivo do processo.<sup>92</sup>

Se o autor indicar para figurar como réu no processo pessoa diversa daquela que, segundo a descrição fática por ele mesmo feita, participa da relação substancial, estará configurada a ilegitimidade passiva.<sup>93</sup> Mas, se houver identidade entre o réu e a pessoa que, segundo o autor, deve suportar os efeitos da sentença, por figurar na relação substancial controvertida, ele será parte legítima. Se no curso do processo se apurar que o réu não participa da situação material descrita na inicial, o pedido será julgado improcedente.<sup>94-95</sup>

92. A construção e os exemplos são de Barbosa Moreira, que, com muita propriedade, conclui, quanto à ilegitimidade passiva: "No caso particular do réu, a legitimação decorre, conforme se disse acima, do mero fato de voltar-se contra ele o pedido do autor. O réu será parte ilegítima apenas quando (e somente quando) não houver pedido de providência jurisdicional em face dele. Por exemplo: o autor pediu a condenação de A; B, citado por engano, comparece aos autos, alegando preliminarmente sua falta de legitimação; a preliminar procede e merece acolhida. Se, porém, o autor pediu a condenação de A e de B, ambos são *ipso facto* passivamente legitimados, por menos razões que possam existir (o que apenas se patenteará no instante do julgamento do mérito) para fazer condenar B" ("Legitimação passiva: ...", in *Direito Aplicado II* ..., pp. 375-380).

Além da bibliografia já referida em outra oportunidade (cf. Bedaque, *Direito e Processo* ..., 3ª ed., pp. 80 e ss.), v. também Joel Dias Figueira Júnior, que propõe seja o exame das condições da ação realizado à luz da situação concreta afirmada pelo autor (cf. "A metodologia no exame do trinômio processual: pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa – O pensamento do Prof. Alfredo Buzaid", *RePro* 72/339). Segundo Tommaseo, legitimado para agir é o titular do poder de obter uma sentença de mérito, isto é, quem afirma ser o titular do direito controvertido, não quem efetivamente o seja, questão relativa ao mérito (cf. "Le condizioni di esistenza dell'azione", in *Appunti di Diritto Processuale Civile – Nozione Introduttive*, 3ª ed., pp. 206-207).

93. Não se trata de inépcia da inicial (art. 295, parágrafo único, II, do CPC), que somente se verifica se a desconexão entre fatos e conclusão não caracterizar situação de carência (cf. Bedaque, "Pressupostos processuais ...", *Justitia* 156/56 e ss.).

94. Um dos argumentos utilizados por Dinamarco para rejeitar esta visão restrita das condições da ação é exatamente o exemplo da ilegitimidade passiva. Segundo ele, se o autor move ação de despejo a quem não é inquilino, há ilegitimidade passiva mesmo que essa circunstância seja demonstrada na instrução,

Em outras palavras, a legitimidade é aferida com base no direito substancial afirmado pelo autor, não na sua efetiva existência. Se o réu negar a condição de devedor ou se impugnar a titularidade do crédito pelo autor, surge questão de mérito no processo. A defesa é direta e tem natureza substancial: o réu impugna o fato constitutivo do direito do autor, tal como afirmado na inicial. Discute-se sobre a real existência do crédito pretendido pelo autor.<sup>96</sup>

Esta é a única maneira de conferir certa autonomia à legitimidade, bem como às demais condições da ação, afastando-a do mérito propriamente dito. Se não, ter-se-á de aceitar a conclusão doutrinária de que ela não passa de um "mimetismo processual da legitimidade

pois eventual sentença de mérito seria inútil (cf. *Instituições ...*, 5ª ed., vol. II, p. 316). Tal conclusão, todavia, somente leva em conta eventual procedência do pedido. A sentença será realmente inútil para o autor, e o processo deverá ser extinto sem julgamento do mérito, se os fatos da inicial revelarem a ilegitimidade. Demonstrado pelas provas que o réu não é inquilino, a improcedência seria em tese mais útil a ele que a carência. Isso porque, na concepção tradicional da teoria das condições da ação, o reconhecimento da ilegitimidade não faria coisa julgada material. Mas, se admitirmos a imutabilidade da sentença de carência, ao menos quanto ao aspecto de direito material objeto de decisão, a distinção entre carência e improcedência, quantos aos efeitos materiais, acaba tornando-se acadêmica, sem qualquer efeito prático relevante. No exemplo analisado, quer seja o autor julgado carecedor da ação por ilegitimidade passiva, quer o pedido deduzido na inicial seja rejeitado por inexistência de prova da locação entre autor e réu, jamais poderá ser renovada a mesma demanda. Por isso, uma das propostas deste ensaio é exatamente estabelecer algumas premissas a respeito desse tema, a fim de verificar se a discussão apresenta ainda algum interesse para a ciência processual. Se não, deverá ser deixada de lado, porque irrelevante para o novo processo civil, em que a preocupação está centrada nos resultados. A grande questão passa a ser a necessidade de interpretação das regras do Código de Processo Civil sobre condições da ação em conformidade com esse entendimento.

95. Sobre as objeções de Dinamarco à denominada "teoria da asserção", v. também Bedaque, *Direito e Processo ...*, 3ª ed., pp. 93-94, nota 48; "Apelação: questões sobre admissibilidade e efeitos", in Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.), *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de outros Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*, vol. 7, pp. 455-459.

96. Cf. Proto Pisani (*Lezioni di Diritto Processuale Civile*, 3ª ed., p. 313), para quem a distinção tem interesse prático, na medida em que no Direito italiano somente a real ilegitimidade pode ser conhecida de ofício em sede de apelação ou cassação.

substancial", pois representaria efetiva titularidade da posição de vantagem assegurada no plano material.<sup>97</sup>

A legitimidade, portanto, está ligada a situação processual – situação legitimante – cujas raízes estão no direito material. Autor e réu são legitimados se inseridos na relação jurídica que constitui o fundamento da pretensão. Essa situação, segundo alguns, destaca-se daquela de direito material, cuja existência ou não será determinada mediante juízo de mérito. A situação legitimante seria juridico-processual, pois emergente da simples afirmação no processo e equiparada, para fins processuais, à situação de direito material com a qual está conectada.<sup>98</sup>

Legitimidade de agir, em princípio, somente possui quem se afirma titular de determinado direito e pretende vê-lo tutelado no âmbito do processo. É a situação de que decorre a possibilidade de alguém pleitear em juízo o reconhecimento de um direito substancial. Indica haver correlação entre a titularidade do direito material e a titularidade do direito de ação.<sup>99</sup> Há legitimidade se entre as partes e o objeto do processo existir relação de adequação, consubstancia-

97. Cf. Maria José de Oliveira Capelo, "Interesse processual ...", *Studia Iuridica* 15/151-152.

98. Sobre a relativa autonomia entre situação legitimante, emergente da afirmação feita pelo autor, e situação de direito material existente, v. Donald Armelin, *Legitimidade para Agir ...*, pp. 80 e ss. Para Fazzalari é a situação legitimante que determina qual é o sujeito que, em concreto, pode e deve praticar certo ato, ou seja, possui legitimidade para tanto. Em qualquer processo jurisdicional a legitimação é determinada "sul metro del provvedimento cui esso mira, cioè, contemplando, *in ipotesi e a futura memoria*, quella che dovrebbe essere la 'misura giurisdizionale' (a prescindere – è ovvio – da quello che sarà effettivamente l'esito del processo, dal se la 'misura' sarà emanato o meno)" ("Azione civile ...", in *Digesto ...*, vol. II, p. 33; *Istituzioni ...*, 7ª ed., p. 314).

99. Cf. Proto Pisani, *Lezioni ...*, 3ª ed., p. 311. Segundo Machado Guimarães a decisão sobre legitimidade das partes versa sobre a titularidade do direito de ação, e não da relação substancial litigiosa: "Não inquire o juiz se o autor é, efetivamente, senhor do direito que ajuizou, e sim se é ele a pessoa a quem a lei reconhece a faculdade de pedir a providência que é objeto da demanda e se o réu é a pessoa em face de quem tal pedido podia ser feito. Trata-se, em última análise, de saber se o contraditório se estabeleceu entre as pessoas legalmente habilitadas – questão esta a ser decidida em sentido processual, não em sentido material" ("Carência da ação", in *Estudos ...*, p. 99). V. também Fazzalari, "Processo e giurisdizione", *Rivista di Diritto Processuale* 1/9-10.

da na possibilidade de o julgamento influir na sua esfera jurídica, favoravelmente ou não.<sup>100</sup> Enquanto a noção de "parte" está ligada exclusivamente à relação processual, a de "parte legítima" leva em conta a situação substancial.<sup>101</sup>

Embora possa haver certa semelhança em determinadas situações, não se confundem a *legitimidade* e o *interesse processual*. Aquela revela haver relação entre o sujeito e o direito substancial deduzido na inicial. Já o interesse de agir indica determinada situação de fato que torna necessária a tutela jurisdicional de um direito. Daí por que se afirma ser a legitimidade logicamente antecedente ao interesse, que a pressupõe.<sup>102</sup>

100. "Sempre que a procedência de uma demanda seja apta a melhorar o patrimônio ou a vida do autor, ele será parte legítima; sempre que ela for apta a atuar sobre a vida ou patrimônio do réu, também esse será parte legítima" (Cândido Dinamarco, *Instituições* ..., 5ª ed., vol. II, p. 306).

101. A distinção feita pela maioria da doutrina passou despercebida a Fábio Gomes (cf. *Carência da Ação*, pp. 66-67). E *parte legítima* não é o titular do direito material, mas quem afirma sê-lo, ainda que esteja mentindo. Mesmo estes têm direito não só ao devido processo legal, como à sentença de mérito, apesar do espanto revelado pelo autor (idem, p. 68), até porque a veracidade dos fatos somente poderá ser aferida após a instrução. Aliás, talvez seja esta a razão por que Carnelutti preocupa-se com a questão da legitimidade apenas para explicar situações em que, por autorização legal, não há coincidência entre a parte em sentido material e a parte em sentido processual, estando esta última legitimada a atuar no processo, embora não seja sujeito da lide (cf. *Trattato del Processo Civile. Diritto e Processo*, pp. 114-116).

102. Cf. Proto Pisani, *Lezioni* ..., 3ª ed., p. 336. Para Carnelutti o interesse de agir supõe a legitimação, ao passo que esta não implica interesse. Por isso, o problema da legitimação logicamente precede o do interesse, que "riguarda non l'appartenenza ma l'esercizio dell'azione; così si distingue l'uno dall'altra, chiarendo che la legittimazione come la capacità riguarda il modo di essere soggettivo mentre l'interesse concerne il modo di essere oggettivo (causale) dell'atto" (*Trattato* ..., p. 117). Maria José de Oliveira Capelo também sustenta a autonomia entre *interesse* e *legitimidade*, afirmando ser esta a posição dominante na doutrina, inclusive alemã (cf. "Interesse processual ...", *Stydia Iuridica* 15/31 e ss.). Conclui ser a legitimidade "um pressuposto relativo às partes, enquanto a necessidade de tutela judiciária é um pressuposto relativo ao objecto da acção" (idem, p. 51). Dinamarco, todavia, trata a legitimidade como aspecto do interesse: seu destaque negativo. Isso porque a ilegitimidade importa falta de utilidade da tutela jurisdicional. Como consequência, não seria parte ilegítima quem pleiteasse a condenação do réu ao pagamento de crédito alheio, visto que a tutela, se obtida, ser-lhe-ia útil. Diversa seria a conclusão em caso de obriga-

## 16. *Legitimidade e mérito: objeto da cognição*

Parte legítima para propor a ação é quem afirma ser titular do suposto direito material, não quem realmente o seja. Na medida em que a ação corresponde a uma situação jurídica subjetiva, a concepção dessa *fattispecie* compreende a determinação de quem está legitimado pelo sistema a suportar os efeitos do exercício desse direito. A distinção entre o titular do direito substancial e o legitimado a aspirar a uma sentença de mérito apresenta relevância prática, além de estar fundada na autonomia da ação. Justifica-se, pois, a legitimação ser explicada à luz da situação simplesmente afirmada.<sup>103</sup>

Os fatos da vida com fundamento nos quais o autor pleiteia determinada tutela jurisdicional servem tanto para identificar a legitimidade como para determinar o resultado de mérito. Uma e outro, portanto, são aferidos mediante cognição realizada sobre o mesmo objeto. Quer para verificar se as partes são legítimas, quer para decidir se o autor tem efetivamente o direito pretendido, necessita o juiz examinar os fundamentos fáticos do pedido.

ção de fazer infungível cujo devedor não fosse o réu. Nesta hipótese haveria ilegitimidade passiva, por falta de utilidade (cf. *Instituições* ..., 5ª ed., vol. II, pp. 308-309). Em outra obra sustentou a precedência do exame da utilidade em relação ao da legitimidade, pois, sem se preocupar com a posição ocupada pelas partes na relação material, o Estado se recusa a examinar o pedido se a tutela pleiteada não for útil ao autor (cf. Dinamarco, *Execução Civil*, 8ª ed., p. 415). Com relação às duas hipóteses imaginadas por Dinamarco, parece-me deva a solução ser dada à luz da denominada "teoria da asserção". Em ambos os casos a distinção entre *legitimidade* e *mérito* depende da profundidade da cognição realizada pelo juiz (cf. Bedaque, *Direito e Processo* ..., 3ª ed., pp. 96 e ss.; "Pressupostos processuais ...", *Justitia* 156/53 e ss.; "Apelação: ...", in Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.), *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis* ..., vol. 7, pp. 455-459).

103. Daí a conclusão de que esta distinção "rappresenti un dato intrinseco ad una concezione dell'azione che non ne escluda l'autonomia rispetto alle situazioni soggettive sostanziale, ed è tutto coerente con tale concezione il fatto che la legittimazione sia verificata sulla base della pretesa, ossia dell'affermata che la legittimazione sia verificata sulla base della pretesa, ossia dell'affermata titolarità del diritto di cui si chiede la tutela" (Vittorio Denti, "Azione", in *Enciclopedia Giuridica*, vol. IV, p. 4). Como ocorre com todas as demais condições da ação, ninguém nega seja a legitimidade aferida segundo elementos da relação de direito material, de onde ela emerge, ao contrário do que ocorre com a capacidade processual e a postulatória (cf. Maria José de Oliveira Capelo, "Interesse processual ...", *Stydia Iuridica* 15/152-153).



Isso nos conduz a reconhecer que a categoria da legitimidade somente tem razão de ser se dela resultar alguma utilidade para o processo. Como também ela está informada por elementos da relação material, necessário estabelecer em que medida o exame realizado para identificá-la se distingue daquele com base no qual o pedido será acolhido ou rejeitado.

Em primeiro lugar, pois, é preciso investigar se destacá-la do direito material traz algum benefício. Se afirmativa a resposta, temos de descobrir como conferir-lhe autonomia.

Há quem sustente não haver o direito processual se beneficiado com a legitimidade, tendo em vista a grande dificuldade em afastá-la do mérito, especialmente se não nos restringirmos ao campo teórico. Nos casos de legitimidade ordinária não existiria outra possibilidade senão reconhecê-la a quem deduza a pertinência subjetiva de uma situação fática de direito material controvertida.<sup>104</sup>

É exatamente este o limite cognitivo da legitimação. Por isso, não parece correta a conclusão de que o exame das condições da ação possa depender de prova dos fatos constitutivos do direito do autor deduzidos na inicial. O equívoco dos que entendem admissível decisão sobre condições da ação após cognição completa da relação jurídica de direito material fica evidente na verificação da legitimidade.

Ao extinguir o processo porque o autor não integra a situação de direito material discutida – e, por esse motivo, não está autorizado pelo sistema a extrair qualquer consequência dela – o juiz não dá

104. Cf. Maria José de Oliveira Capelo, "Interesse processual ...", *Studia Iuridica* 15/156-165. Refere-se a autora ao que ela denomina de "legitimidade singular direta", pois a substituição processual exige outras considerações. Também critica o entendimento de parte da doutrina processual portuguesa que considera legitimidade direta como a efetiva titularidade da situação material controvertida. Além disso, apresenta restrições à tese da aferição dessa condição da ação pelos elementos da inicial, pois pode conduzir a decisões conflitantes: reconhece-se ser o autor parte legítima e julga-se improcedente o pedido. Acaba por incluir a legitimidade no plano da fundamentação do pedido, concluindo ser de mérito a sentença a respeito. Reconhece, todavia, ter o legislador trilhado outro caminho, pois classificou a legitimidade como pressuposto processual. Assim, entende deva ser adotada a corrente que defende a averiguação desse requisito segundo a configuração subjetiva dada pelo autor à situação material controvertida, o que torna bastante restritas as situações de extinção do processo por ilegitimidade (idem, pp. 177-193).

resposta integral à pretensão. Não diz se o suposto direito de alguém, que não é o autor, existe, ou não.

Por isso se afirma que a legitimidade, embora fundada em dados extraídos do direito material, configura mera capacidade para conduzir o processo, mesmo porque pode ser atribuída a terceiro no plano substancial, isto é, a quem não participa da relação material. Não se confunde, pois, com a efetiva titularidade do direito.<sup>105</sup>

O problema está em estabelecer a diferença entre essa situação e a sentença em que se reconhece a inexistência do direito afirmado pelo autor como seu, porque o exame da relação substancial, realizado não apenas com os elementos da inicial, tornou possível conclusão diversa. Ao contrário do que sustentou o autor, a prova revelou ser outro o titular do direito subjetivo material. Alguém alega ser credor de outrem, mas a instrução demonstra ser o crédito deduzido na inicial pertencente a terceiro, não ao autor.

Em ambos os casos não se nega a existência do direito. Reconhece-se apenas que o réu não deve, porque não integra a situação legiti-

105. A expressão "capacidade para conduzir o processo" é utilizada por Araken de Assis, com apoio na doutrina alemã. Conclui o ilustre Desembargador e processualista ser a legitimidade estranha ao mérito, "limitando-se a identificar, a partir dos dados ministrados pelo direito material, sempre *in statu assertionis*, aquelas pessoas habilitadas a conduzir o processo, relativamente ao objeto litigioso alegado. Aos esquemas abstratos, traçados na lei, que geram tal capacidade chama-se de situações legitimadoras. Portanto, a dissociação entre o sujeito da lide e o do processo, objeto do presente estudo e adiante elucidada, evidencia a verdadeira natureza da legitimidade, bastando enunciá-la para tal finalidade. Ninguém se atreverá a reputar respeitante ao mérito eventual juízo quanto à inexistência, em determinado caso concreto, do título legal para alguém pleitear em juízo direito alheio" (Araken de Assis, "Substituição processual", *Revista Dialética de Direito Processual* 9/10).

Segundo Lent, o poder de conduzir o processo pertence normalmente a quem possui legitimidade substancial, cuja ausência implica rejeição do pedido. A distinção entre as duas figuras surge quando o poder de conduzir é conferido a terceiros, estranhos à relação material (cf. *Diritto Processuale* ..., pp. 80-81; v. tb. Rosenberg, *Tratado* ..., t. II, pp. 254 e ss.).

Na reforma processual realizada em Portugal (Decreto-lei 329-A/1995) adotou-se este conceito de legitimidade: partes legítimas são os sujeitos da relação controvertida, tal como o autor a configura (cf. Joaquim José de Souza Dinis, "Inovações e perspectivas do direito processual civil português", *Jurisprudência Brasileira* 186/29).

mante – conclusão a que se pode chegar mediante simples exame da inicial ou somente após a produção da prova.

Seria, então, a ilegitimidade também modalidade de improcedência, tal como ocorre com a impossibilidade jurídica?

Esta é a grande questão, ainda não solucionada de modo satisfatório pela doutrina.

### 17. *Ilegitimidade e improcedência: diferença?*

Renova-se a indagação: são realmente distintas estas duas situações anteriormente examinadas?

Se o autor pede a condenação do réu ao pagamento de importância por este devida a terceiro, será julgado carecedor da ação por ilegitimidade ativa. Caso ele afirme ser o credor e a instrução revele que a obrigação foi contraída com terceiro, teremos sentença de improcedência.

Não parece haver diferença substancial entre concluir pela inexistência do crédito com os próprios dados da inicial ou com os elementos probatórios. A distinção está simplesmente na maior ou menor dificuldade para se chegar à conclusão de que o autor não tem direito à tutela condenatória.

Nem pode ser aceita a afirmação de que a demonstração, pela prova, da titularidade do crédito leva à carência da ação por ilegitimidade ativa. Não. Se a instrução revelar que terceiro é o verdadeiro credor, significa que o autor não o é. Em outras palavras, ele não conseguiu demonstrar o fato constitutivo de seu direito. Aliás, é possível que o conjunto probatório aponte tão-somente para a inexistência da dívida, e nada mais. Se a obrigação não existe, ou se ela pertence a terceiro, tanto faz. O que importa é que o autor não é credor, e o pedido será julgado improcedente.

Pois bem. Se ele próprio afirma não ser credor, será considerado parte ilegítima, e o processo extinto sem julgamento do mérito. Mas, nos limites em que esta sentença atinge o plano material, ela deve tornar-se imutável.

Ora, estamos diante de três situações substancialmente iguais, sendo que em duas delas há sentença de mérito, e em outra, de carên-

cia. É preciso, pois, buscar algum dado apto a distingui-las, sob pena de negar-se vigência a vários dispositivos do Código de Processo Civil.

Destaca-se, antes de mais nada, que esta proximidade entre a legitimidade e o mérito tem causado confusão e perplexidade entre os processualistas.<sup>106</sup>

Ementa de antigo acórdão do TJSP é fruto de confusão acerca do tema: “Não é possível decidir-se no despacho saneador uma questão de ilegitimidade *ad causam*, que envolve o mérito do feito e outras questões de direito e de fato”.

No processo em questão, autores de demanda cognitiva, versando sobre administração, alienação ou locação de coisa comum, intitularam-se condôminos de determinado imóvel, o que foi negado pelos réus. Produzida prova documental, reconheceu-se a ilegítimi-

106. Donaldo Armelin, por exemplo, após negar seja o momento da apreciação o fator distintivo entre as duas categorias, admite que, não sendo nítida a legitimidade, o exame poderá depender da prova. E conclui: “Mas, o que efetivamente distingue a legitimidade do mérito, nos casos em que aquela vem embutida neste, é a colocação da titularidade real ou meramente alegada do direito afirmado em juízo como questão da admissibilidade do exame desse direito, considerado como potencialmente existente sob outra titularidade” (*Legitimidade para Agir ...*, pp. 114-115).

Se bem compreendi a posição do ilustre professor, a legitimidade não resulta apenas da situação afirmada – conclusão que, salvo engano, vai de encontro ao que fora afirmado ao longo da obra. Para limitar-me a um trecho, na Conclusão 3 encontra-se a afirmação de que “a legitimidade emerge de uma situação legitimante que resulta da própria pretensão, ou seja, da afirmação da titularidade de um direito, donde, destarte, ter natureza processual, embora reportando-se ao direito questionado, que pode ou não vir a ser reconhecido em juízo” (*idem*, p. 173). A situação legitimante resultaria, então, da titularidade de direito material simplesmente *afirmada*. Além disso, não vejo como possa essa condição da ação, nos casos em que embutida no mérito, ser declarada ausente sem que este seja examinado. Se o conjunto probatório revelar que o crédito não pertence ao autor, mas a terceiro, o pedido será julgado improcedente, da mesma forma que será se o autor simplesmente não provar a relação de direito material com base em que se considera credor. Em ambos os casos há sentença de mérito. Para os adeptos da teoria da asserção, portanto, o problema não está simplesmente no momento do exame, como pareceu a Fredie Souza Didier Júnior (*Pressupostos Processuais ...*, pp. 216 e ss.), mas na profundidade da cognição.

Para Adroaldo Furtado Fabrício há identidade entre carência por ilegitimidade e mérito (“Extinção do processo ...”, *RePro* 58/22).

dade ativa. Os autores recorreram e o Tribunal, por entender que a questão da legitimidade dependia de outras provas, determinou o prosseguimento do processo.

Embora correta a solução, parece haver equívoco quanto aos motivos que a determinaram. Na verdade, verificou-se o julgamento antecipado em primeiro grau, que o Tribunal considerou inadmissível, por cerceamento de defesa. A prova não é necessária para verificação da legitimidade, mas para demonstração do direito do autor à tutela pleiteada. Se ele não provar a condição de condômino, não poderá obter qualquer das possíveis destinações pretendidas para o imóvel. A crise de direito material, iniciada com a pretensão do suposto proprietário à administração, alienação ou locação do imóvel, será definitivamente solucionada. A sentença possui conteúdo de mérito.

A legitimidade corresponde à identificação das *giuste parti del processo*, ou seja, aquelas que, ante a relação de direito material supostamente existente, devem figurar nos pólos ativo e passivo do processo. Se algum dos fatos descritos na inicial não for verdadeiro, resultando dessa realidade apurada no curso do procedimento não ser o autor titular de direito contra o réu, o pedido deve ser rejeitado – o que configura típico exame de mérito.<sup>107</sup>

107. Comoglio expõe com bastante clareza o significado dessa condição: “Tradizionalmente detta anche *legitimitas ad causam*, essa soddisfa l’esigenza di identificare le *giuste parti* del processo, permettendo di stabilire *ex ante* – nella stessa prospettiva iniziale (e prognostica) della proposizione della domanda – a chi spetti, sul piano soggettivo, la titolarità dell’interesse ad agire (e, simmetricamente, quella dell’interesse a contraddire). Essa esprime altresì, da un complementare punto di vista, la titolarità del c.d. diritto o potere di azione, non confondendosi mai con la titolarità effettiva del diritto sostanziale fatto valere, il cui riconoscimento è rimesso *ex post* alla decisione di merito del giudice” (*Lezioni ...*, p. 309). Talvez seja essa a razão por que Buzaid discordou de Frederico Marques quanto à necessidade de o juiz, ao declarar saneado o processo, fundamentar a decisão a respeito da presença da legitimidade, que, no entender do autor do Código, apresenta-se “geralmente no processo de modo singelo, e *sine strepitu*, quem ajuíza a ação é de ordinário o titular do direito; e o réu, contra quem é proposta e deve sofrer os efeitos da coisa julgada, há de estar vinculado à relação jurídica controversada, ou à lide que configura um conflito de interesses. Se o marido move uma ação de desquite contra a mulher, não precisa o juiz deter-se longamente no despacho saneador, para considerá-lo parte legítima. Este e outros exemplos podem ser indicados para demonstrar que o problema da legitimidade é considerado antes do ponto de vista negativo do

A situação examinada neste acórdão não difere daquela em que o autor, dizendo-se titular do domínio sobre imóvel, pretende reivindicá-lo de terceiro. A condição de proprietário é um dos fundamentos do pedido reivindicatório. A este acrescentam-se outros fatos: ocupação indevida por parte do réu, falsidade do registro etc. Todo esse conteúdo fático compõe a causa de pedir. Não provado um deles, o pedido será julgado improcedente.<sup>108</sup>

A hipótese é análoga à do pedido indenizatório formulado contra a pessoa em cujo nome está registrado o veículo envolvido em acidente. Também aqui o fundamento da responsabilidade do réu é a titularidade do domínio sobre o auto. Não demonstrado esse fato, a pretensão será rejeitada – ou seja, haverá julgamento de mérito.

Da mesma forma, a propriedade constitui um dos fatos que integram a *causa petendi* de quem pretende alguma providência sobre imóvel. Se o réu impugná-lo, torna-o controversado, cabendo ao autor o ônus de demonstrá-lo (CPC, art. 333, I). Ausente prova a esse respeito, dá-se a improcedência. Não se trata, pois, de ilegitimidade ativa.

Sempre que um pedido de tutela jurisdicional não pode ser acolhido por ausência de prova de um dos fatos constitutivos deduzidos na inicial, julga-se improcedente a demanda, não inadmissível.<sup>109</sup>

que positivo. E a razão disso é que, na generalidade dos casos, há perfeita coincidência entre a posição do autor e a daquele a quem a lei confere a pertinência subjetiva da lide” (Galeno Lacerda, *Despacho Saneador*, p. 49).

108. Correta, portanto, a seguinte ementa: “Da lei, e só da lei, é possível inferir quem é parte legítima em determinado caso. Em geral a lei concede ação ao titular de direito subjetivo ou interesse reflexivamente protegido. Nesse caso a parte legítima no processo (parte em sentido formal) é a mesma parte na relação de direito substantivo apreciada em juízo (parte em sentido substancial). Parte legítima é aquela a quem, em tese, a lei concede, pressupondo-se a veracidade dos fatos alegados. Assim, por exemplo, quem se diz proprietário pode reivindicar. É parte legítima para reivindicar; a questão de saber se realmente ele é proprietário é de mérito e depende da apuração dos fatos. Desse modo, enquanto a legitimação para agir diz respeito à premissa maior do silogismo contido na sentença, a razão que fundamenta a procedência do pedido se refere à premissa menor” (TJSP, 11ª C., Ap. 261.366-2, Jundiaí, rel. Des. Mohamed Amaro, j. 20.4.1999, v.u.).

109. Com razão Dinamarco, que, na linha dessa premissa, concluiu da mesma forma quanto à ausência de prova da propriedade do veículo nas demandas indenizatórias em que o réu é apontado como o titular do domínio e por essa

A ausência desta condição da ação é resultado da não-afirmação, pelo autor, de um dos fundamentos necessários ao acolhimento do pedido — no caso, a propriedade do bem. Por ser terceiro em relação ao litígio, não tem legitimidade para obter a tutela jurisdicional destinada a solucioná-lo. Se ele próprio alegar na inicial que, embora não seja co-proprietário, pretende uma providência judicial quanto à destinação a ser dada ao bem, com o objetivo de beneficiar um dos condôminos, será considerado parte ilegítima. A crise de direito material descrita na inicial — a pretensão de um dos proprietários em obter aquela providência — não será sequer examinada. A sentença não solucionará a lide que o autor afirma existir. Limitar-se-á a considerá-lo parte ilegítima para postular a tutela destinada a eliminar suposto litígio oriundo de um conflito ao qual ele é estranho. Não há correspondência entre aquele que formulou o pedido de tutela jurisdicional e a realidade material trazida ao processo.<sup>110</sup>

razão figura no pólo passivo. E seu raciocínio é incontestável: a falta de prova da venda de veículo registrado em nome do réu ou a prova de que a alienação não ocorreu leva à procedência do pedido. Ora, demonstrada a venda ou não comprovada a propriedade, o resultado só pode ser a rejeição do pedido, isto é, improcedência, jamais carência (cf. Dinamarco, *A Nova Era do Processo Civil*, 1ª ed., 2ª tir., pp. 166-168).

110. O acórdão em questão, de 7.8.1944, do Tribunal de Apelação de São Paulo, publicado na *RT* 156/138-139, foi comentado por Liebman, que afirma deverem as condições da ação ser examinadas no saneador, mas admite a impossibilidade de o juiz fazê-lo, por ausência de elementos suficientes nos autos. Entende possível, ainda, haver íntima conexão entre a legitimidade e o mérito, o que impõe exame conjunto das duas questões. Aventa a hipótese em que, embora nitidamente distinta do mérito, a legitimidade somente possa ser examinada após diligências, sendo admissível até mesmo a designação de audiência especial destinada ao esclarecimento da preliminar, nos termos do art. 294 do CPC de 1939 (cf. Liebman, "Novamente sobre a legitimação das partes", in *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*, pp. 150-153). Ada Pellegrini Grinover, em nota a este artigo, também aceita tal conclusão: "Não há dúvidas, porém, de que a questão da legitimidade da parte pode estar conexa de tal modo ao mérito, que só através da instrução o juiz poderá ter elementos que o convençam a respeito da ilegitimidade" ("Nota 'd'", p. 151).

Em outro estudo, também comentando acórdão publicado na *RT* 138/243-244, não obstante as considerações desenvolvidas na nota anterior, ele admitiu a necessidade de produção de provas para exame da alegação de carência (cf. Liebman, "O despacho saneador e a legitimação das partes", in *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*, p. 142). Parece, todavia, que em ambos os casos analisados por Liebman a instrução possibilitaria julgamento de mérito.

Insiste-se na afirmação de que tal conclusão está fundada em dados da relação material. Mas não é apta a colocar fim àquela situação contrária ao direito que o autor descreveu, pois ele, por ser terceiro em relação aos fatos, não pode pleitear qualquer providência judicial que produza os efeitos pretendidos no plano substancial.

Ao reconhecer a ilegitimidade o juiz não põe termo ao litígio. Simplesmente recusa-se a examiná-lo integralmente, porque a cognição sumária é suficiente para revelar-lhe que, nos termos em que a situação de direito material foi apresentada, o autor não possui o direito afirmado.

A situação é ontologicamente idêntica, todavia, se o julgador chegar à conclusão de que o autor não é o credor somente após cognição exauriente da relação material. Também nessa hipótese não se declara a inexistência da dívida, mas apenas que o autor não é credor.

Assim, embora não elimine integralmente a possível lide, a sentença de carência por ilegitimidade produz eficácia extraprocessual, pois reconhece não ser o autor titular daquele direito afirmado na inicial, muito embora terceiro possa sê-lo. Mas esse resultado deve também tornar-se imutável, gerando a impossibilidade de o autor voltar a postular tutela jurisdicional para aquela situação da vida, em relação à qual ele já foi declarado estranho. A ilegitimidade, portanto, é efeito substancial da sentença de carência, ainda que, segundo o sistema processual brasileiro, não se trate de julgamento de mérito.

A ausência de legitimidade revela tão-somente a inexistência de nexo entre uma das partes do processo e a situação de direito material descrita na inicial. O juiz, a rigor, não julga o pedido, a pretensão do autor, isto é, o mérito. Diz não poder examiná-lo exatamente em função da falta dessa ligação entre o sujeito e a relação substancial. Como esse quadro decorre da própria narrativa feita pelo autor, optou o legislador por considerar diferente esse julgamento daquele em que o mérito é efetivamente examinado.

Também Machado Guimarães, embora sem considerações mais aprofundadas sobre o tema, após apontar a posição de Liebman quanto à necessidade de o exame das condições da ação ser feito à luz da inicial, acaba admitindo, para verificação da legitimidade, a possibilidade de produção de prova nos casos em que a ausência da condição não seja manifesta (cf. "Carência da ação", in *Estudos* ..., pp. 104-105).

Admite-se, todavia, que a solução sobre a legitimidade seja apta a colocar fim a uma controvérsia existente no plano substancial: há, ou não, vínculo entre a parte e a relação jurídica da qual se pretende obter algum efeito? Ao negar essa vinculação o juiz elimina de uma vez por todas qualquer possibilidade de discussão a respeito. Ainda que não se reconheça nesse julgamento a natureza de sentença de mérito, não se pode negar o efeito material a ele inerente. Afinal de contas, um pequeno aspecto da controvérsia existente na relação material foi solucionado. A lide, tal como posta em juízo, deixou de existir. Aquela parte, definitivamente, não está sujeita aos efeitos da situação substancial descrita na inicial.

Retoma-se o exemplo do pedido indenizatório dirigido ao ex-proprietário de um dos veículos envolvidos em acidente. Defendeu-se, aqui, a existência de sentença de mérito, porque não comprovado o fundamento fático da demanda — qual seja, a propriedade do veículo. Nesse caso, também a solução, em princípio, limita-se a liberar definitivamente o réu, podendo o autor renovar a pretensão contra o atual proprietário ou o condutor.

Trata-se de situação muito próxima da ilegitimidade, cujo reconhecimento é também fundado em elementos da relação substancial. A única diferença é a impossibilidade de se extrair a conclusão pelos elementos da inicial. Segundo eles, a responsabilidade é do réu, porque proprietário do veículo. Com a instrução, verifica-se não ser real essa afirmação. A profundidade da cognição é diversa.

A única diferença é a impossibilidade de se extrair a conclusão pelos elementos da inicial. Segundo eles, a responsabilidade é do réu, porque proprietário do veículo. Com a instrução, verifica-se não ser real essa afirmação. A profundidade da cognição é diversa.

A dificuldade é ainda maior nas hipóteses em que a controvérsia se limita à interpretação das regras de direito material. A situação das empresas de arrendamento mercantil ventilada acima é emblemática. Executadas para a cobrança de multas impostas ao arrendatário do veículo, elas suscitam ilegitimidade de parte, pois, tendo em vista a natureza do contrato, a responsabilidade é apenas de quem estava na posse do bem. Para acolher ou rejeitar essa alegação, basta exame da inicial. Se o juiz concluir que o réu não é, nem em tese, devedor, poderá indeferir-la, por ilegitimidade passiva. A rigor, todavia, realizou

exame completo da questão de direito, respondendo ao exequente que ele não tem direito subjetivo material contra o executado. A solução é muito próxima, se não idêntica, do julgamento antecipado fundado no art. 330, I, do CPC. Trata-se de mecanismo destinado a evitar o prosseguimento desnecessário do processo, pois a inicial já oferece elementos ao juiz para resolver uma questão de direito: o réu, consideradas as circunstâncias da relação material, nem em tese é devedor.

Não se pode ignorar, todavia, os efeitos substanciais dessa decisão.

Se há eficácia no plano material, ainda que mínima, ela deve adquirir o mesmo grau de imutabilidade conferido à sentença. A limitação imposta à coisa julgada formal, consistente em circunscrever tal qualidade ao âmbito de determinado processo, decorre da ausência de efeitos materiais da sentença meramente processual. Se, porém, há alguma projeção substancial com a extinção do processo, embora mínima, a coisa julgada deve alcançá-la.

Nessa linha de raciocínio, a imutabilidade da sentença deve atingir também esse efeito, tornando inadmissível o reexame da questão em outra demanda. Quanto a esse aspecto da relação material, a sentença de carência é apta a transitar materialmente em julgado, embora não se trate de julgamento do mérito.

Chega-se, então, ao ponto fundamental da questão. Mesmo admitindo haver certa identidade entre *ilegitimidade* e *improcedência*, não se pode simplesmente ignorar o direito positivo. Por isso, a relevância em distinguir os dois fenômenos deve ser buscada no regime processual diverso a que cada um deles está sujeito.

Se a situação for de ilegitimidade, não obstante os efeitos substanciais dessa sentença sejam semelhantes aos produzidos pelo julgamento de mérito, o juiz está autorizado a indeferir a inicial e a conhecer de ofício da matéria a qualquer momento (CPC, arts. 295, II, e 267, VI, e § 3º). Aqui reside a relevância em identificar com precisão as situações de ilegitimidade. Se no âmbito do direito material há muita semelhança entre improcedência e ilegitimidade, do ponto de vista processual cada uma dessas situações recebe tratamento diverso. Só por isso já se justifica a distinção.

Reconheço, todavia, a possibilidade de o legislador conferir à ilegitimidade solução idêntica à adotada no art. 285-A, que, subinciso III. Aliás, como já anotado antes, existe proposta de supressão da possibilidade jurídica do sistema processual, exatamente porque a hipótese configura verdadeiro julgamento de mérito.

### 18. Interesse processual

O interesse de agir constitui expediente destinado a evitar processos injustificados, permitindo a verificação da utilidade social da iniciativa judicial, só admissível se apta a contribuir de forma real para a efetivação do direito e a pacificação social.<sup>111</sup> É requisito legal para propositura da ação (CPC, art. 3º),<sup>112</sup> regra muito provavelmente inspirada no art. 100 do Código italiano de 1942, que repete norma existente na legislação anterior (CPC italiano de 1865).<sup>113</sup>

Não obstante também previsto expressamente na legislação italiana, há na doutrina intensa polêmica sobre a relevância desse requisito em todos os tipos de demanda. No Brasil, talvez em virtude da opção clara do legislador pela teoria de Liebman (CPC, arts. 267, VI, 295, II e III, e parágrafo único, I, e 301, X), a questão não é posta. Mas também entre nós há sérios problemas envolvendo essa condição da ação, a começar pelo elemento apto a identificá-la. E, como consequência da dificuldade em determiná-lo, não há precisão quanto à linha divisória entre interesse processual e mérito.

111. Cf. Comoglio, "Il principio di economia processuale nell'esperienza di ordinamenti stranieri", *Rivista di Diritto Processuale* 4-XXXVII/677.

112. Como este estudo não tem como objeto as condições da ação, e muito menos o interesse processual – temas abordados de forma limitada, apenas no que se revelam úteis à discussão central –, não se examinará o problema do interesse em contestar, também previsto no dispositivo legal em questão. Aliás, como bem pondera Dinamarco, difícil imaginar situação em que o réu não tenha interesse em contestar. A simples propositura da ação e sua indicação para ocupar o pólo passivo já constituem fato suficiente para conferir-lhe interesse em apresentar resposta (cf. *Instituições ...*, 5ª ed., vol. II, p. 304, nota 8; no mesmo sentido: Proto Pisani, *Lezioni ...*, 3ª ed., p. 337).

113. Segundo informa Proto Pisani, essa regra não existia na legislação antes da unificação da Itália, bem como não encontra similar nos Códigos francês, alemão e austriaco. Trata-se, segundo ele, de norma obscura, de interpretação difícil e controvertida (cf. *Lezioni ...*, 3ª ed., p. 333).

Por isso – e observados os limites impostos pelos objetivos deste estudo –, necessárias algumas considerações sobre essa condição da ação.

Tem interesse processual aquele que deduz perante o juiz direito subjetivo ou potestativo, individual ou coletivo, cuja satisfação dependa daquela modalidade de tutela jurisdicional por ele pleiteada. A utilidade da tutela jurisdicional para a solução da controvérsia revela a existência de interesse, situação a ser aferida objetivamente, mediante a verificação de determinado fato que faz nascer a necessidade da tutela jurisdicional, que deverá ser adequada à eliminação da crise de direito material.<sup>114</sup>

A falta de interesse decorre da não-correspondência entre o fato narrado e a tutela pleiteada, que pode ser desnecessária ou inadequada. Será inútil o prosseguimento do processo se a situação descrita na inicial não apontar comportamento de alguém contrário ao que determina o direito material, nem fato apto a modificar situação jurídica.

A admissibilidade em tese da tutela pleiteada não significa tenha o autor razão, mas apenas que sua demanda é passível de exame.<sup>115</sup>

114. Cf. Donaldo Armelin, *Legitimidade para Agir ...*, p. 59. No Brasil a relação entre o duplo aspecto do interesse – necessidade e adequação – e a ideia de utilidade da tutela é apontada por Cândido Dinamarco (cf. *Instituições ...*, 5ª ed., vol. II, pp. 302 e ss.; *Execução Civil*, 8ª ed., pp. 420 e ss.). As duas faces do interesse de agir também são destacadas pelas doutrinas portuguesa e alemã (cf. Maria José de Oliveira Capelo, "Interesse processual ...", *Studia Iuridica* 15/36-37).

115. Ao explicar o interesse de agir, Liebman refere-se expressamente à situação antijurídica afirmada na inicial: "Sarebbe infatti inutile prendere in esame la domanda per concedere (o negare) il provvedimento chiesto, nel caso che nella situazione di fatto che viene prospettata non si rivenga affermata una lesione del diritto od interesse che si vanta verso la controparte. (...) Naturalmente il riconoscimento della sussistenza dell'interesse ad agire non significa ancora che l'attore abbia ragione: vuol dire soltanto che la sua domanda si presenta meritevolmente di esser presa in esame; e al merito, non all'interesse ad agire, appartiene ogni questione di fatto e di diritto relativa alla fondatezza della domanda, cioè alla conformità al Diritto della protezione giurídica che si pretende per l'interesse sostanziale" (*Manual de Direito Processual Civil*, vol. I, p. 122; *Manuale di Diritto Processuale Civile. Principi*, 5ª ed., p. 146). Na obra por último referida o autor acrescenta que nas ações condenatórias e constitutivas o interesse de agir não é tão visível, porque se limita à afirmação de um direito não satisfeito. Já nas declaratórias e nas cautelares sua importância é maior, porque a causa de pedir decorre da afirmação de uma situação de fato, "della quale è necessario valutare

Ao concluir que ele não precisa da tutela jurisdicional, o julgador nada diz quanto à existência do direito. Limita-se a decidir que, independentemente de existir ou não, ainda não é o momento para postulá-lo. Por enquanto, as normas de direito material não se mostraram insuficientes para resolver o conflito de interesses. Em síntese, inexistiu crise no plano substancial, a ser solucionada.<sup>116</sup>

Outra visão do interesse processual estabelece vínculo entre esta condição da ação e a necessidade de evitar-se abuso do direito de ação. Embora a todos seja assegurado no plano constitucional o aces-

caso per caso il carattere lesivo". Conclui por definir interesse de agir como "il rapporto di utilità corrente tra la sessione di un diritto, che è stata affermata, e il provvedimento di tutela giurisdizionale che viene domandato" (pp. 146-147). Pelo que se verifica, Liebman concebia o interesse de agir a partir da afirmação feita na inicial.

116. No Direito Italiano há regra idêntica à do art. 3º do CPC brasileiro. Trata-se do art. 100. Diverge a doutrina quanto à interpretação desse dispositivo. Entre as inúmeras discussões, uma refere-se ao próprio conceito de "interesse processual". Para alguns a condição está relacionada ao perigo de lesão do direito afirmado na inicial. Outros a identificam com o princípio da economia processual (cf. Aldo Attardi, *Diritto Processuale Civile*, vol. I, pp. 73-82). Sobre essa e outras questões relacionadas ao alcance do art. 100, bem como sua função no sistema processual italiano, cf. Ernesto Fabiani, "Interesse ad agire, mero accertamento e limiti oggettivi del giudicato", *Rivista di Diritto Processuale* 2, *passim* – estudo em que o autor aborda de forma bem abrangente várias posições da doutrina e da jurisprudência a respeito do tema. Há quem considere o interesse não condição da ação, mas da demanda, pois um elemento teleológico diz respeito muito mais ao ato que à situação jurídica, entendida esta como o momento em que se dá o processo de subjetivação da norma, mediante o fenômeno da imputação a um sujeito de determinada *fattispecie* de comportamento. Se assim é, a legitimidade – e não o interesse – constitui condição necessária à existência da ação: "È dunque in relazione alla domanda, e quindi al concreto provvedimento di cui si chiede l'emanazione (o, in altri termini, al concreto effetto giuridico che si intende far dichiarare dal giudice) che va commisurato l'interesse dell'attore" (Vittorio Denti, "Azione", in *Enciclopedia Giuridica*, vol. IV, p. 3). Para alguns o ordenamento italiano não admite a tutela declaratória genérica. Fora das hipóteses previstas somente é admissível se demonstrada a utilidade efetiva da providência (cf. Gian Franco Ricci, *Principi* ..., 2ª ed., p. 103). Não se compreende muito bem essa afirmação, visto que o interesse é necessário também nos ordenamentos – como o brasileiro – em que é prevista a tutela declaratória em caráter geral (CPC, art. 4º), orientação inspirada no Direito Alemão, como bem lembra Barbosa Moreira ("A influência do direito processual civil alemão em Portugal e no Brasil", in *Temas de Direito Processual: Quinta Série*, p. 180).

so à Justiça – ou seja, a possibilidade de pleitear a tutela jurisdicional –, o exercício dessa garantia somente se legitima se houver efetiva necessidade da tutela, noção a ser buscada no plano processual. Esta limitação tem função seletiva em relação à genérica e incondicionada previsão constitucional.<sup>117</sup>

117. O exame do tema por esse ângulo é feito por Maria Francesca Ghirga, que procura dar destaque ao aspecto funcional da construção de Liebman, decisivo para configuração do abuso da ação. Aponta na teoria em questão "l'inequivocabile rapporto che deve legare l'affermazione della lesione del diritto al concreto provvedimento che si chiede al giudice, che essendo volto ad ottenere un risultato utile, si deve porre quale mezzo idoneo al raggiungimento del fine". Acrescenta que "è il fine, ovvero ottenere la riparazione del diritto lesso, che, in quella ricostruzione, fornisce il parametro per il giudizio di utilità, ovvero di idoneità del provvedimento richiesto a raggiungere tale scopo". E conclui que "le implicazione del fenomeno abusivo si possono cogliere osservando in primo luogo che la stessa, ponendo dei confini di tipo funzionale all'interesse ad agire, sembrerebbe prestarsi ad offrire il possibile campo di emersione dell'abuso del diritto di azione" (*La Meritevolezza della Tutela Richiesta*, pp. 134-135, nota 126).

A autora, todavia, confere destaque a outro aspecto do problema da ação, por ela denominado de *meritevolezza della tutela richiesta*, cuja verificação "non può non partire dall'esame della fattispecie sostanziale che ci ha suggerito l'equazione posta" (p. 140). Trata-se, segundo ela, de determinar a existência do requisito causal da ação concretamente exercida, ou seja, examinada segundo a *fattispecie* apontada. Este requisito não se confundiria com o interesse de agir, que se limita ao problema da tipificação. É autônomo e revela compatibilidade entre a ação exercida e o ordenamento, este considerado como expressão de valores jurídicos e sócio-econômicos. Identifica-se com o escopo do próprio processo: "L'azione, anche se tipica, deve risultare *meritevole di tutela* in considerazione non più solo dell'utilità perseguita dal soggetto agente – sia essa vista con riferimento al provvedimento giurisdizionale richiesto, o direttamente al concreto bene della vita che si persegue –, ma tenuto conto di quelli che sono i valori e i principi espressi nella sua globalità dall'ordinamento giuridico" (pp. 172-174). O elemento causal destacado pela autora corresponde, em outras palavras, ao fenômeno da *coincidência entre o interesse do Estado e o do demandante*, a que se refere Dinamarco (cf. *Execução Civil*, 8ª ed., p. 419). Ao conferir autonomia à causa, ela procura enfatizar o aspecto público do interesse, representado pelo próprio ordenamento como um todo. Esta *publicização* do interesse, consubstanciado no elemento causal – que outra coisa não é senão o próprio escopo do processo –, constitui o grande mérito dessa construção. Aponta-se o art. 100 do CPC italiano como a matriz do controle sobre a *meritevolezza dell'iniziativa processuale assunta*, com a finalidade de limitar iniciativas processuais abusivas: "Si conferma così l'importanza sistematica che il concetto di *causa* sembra poter svolgere nel quadro del sistema giuridico e quindi anche sul

A conclusão do julgador, embora informada por elementos da relação material, restringe-se a estabelecer se há compatibilidade entre as afirmações do autor e o sistema processual. O interesse decorre da revelação, pelos elementos da inicial, de que o processo e a tutela jurisdicional pleiteada constituem, respectivamente, a única via e a via adequada à solução da crise.<sup>118</sup>

### 19. Interesse processual e tutelas constitutiva e condenatória

Ao propor demanda condenatória ou constitutiva, o autor necessariamente narra o fato indicativo do interesse de agir. Não há como compreender a categoria sem a precisa identificação desse acontecimento, em razão do qual a tutela será útil ao autor.

Raciocinemos, inicialmente, com as tutelas condenatória e constitutiva. Dificilmente alguém postulará a condenação do réu apontando apenas a exigibilidade do direito, sem descrever o inadimplemento da obrigação. Também não há como pleitear determinada modificação jurídica sem apontar o fato da vida que confere ao autor o direito potestativo afirmado.

Nessas modalidades de demanda, portanto, o interesse de agir constitui aspecto do próprio direito material deduzido. A exigibilida-

piano processuale, ove e con riferimento alla domanda giudiziale, consente di valutarla sotto il profilo della *meritevolezza della tutela* richiesta, effettuando un controllo attraverso il quale operare quel bilanciamento degli interessi contrapposti che la sola nozione di interesse ad agire, como tradizionalmente intesa, non consente" (pp. 283-284). Seria o requisito causal uma quarta condição da ação. Ainda que inexistente vedação expressa no sistema (impossibilidade jurídica), o juiz deve abster-se de julgar o mérito se ausente o requisito causal, ou seja, "nel caso in cui la tutela richiesta non risulti meritevole" (p. 338).

118. No dizer de Maria José de Oliveira Capelo, o *interesse* é a pretensão vista sob o prisma do ordenamento processual (cf. "Interesse processual ...", *Studia Iuridica* 15/44). Antes afirmara que a "necessidade de proteção judicial verificar-se-á quando, perante a situação objectivamente apresentada pelo autor, a intervenção judicial seja o meio apropriado a combater uma situação jurídica caracterizada como *patológica* (em casos em que haja violação ou mera ameaça de violação de um direito), ou o recurso aos tribunais configure a forma adequada à eliminação da incerteza objectiva e grave que rodeie os direitos ou factos relevantes na ordem jurídica, ou quando ainda, de acordo com critérios legais, a realização de direitos (potestativos) só por intermédio da actuação do juiz possa ser atingida" (p. 33).

de e o inadimplemento são elementos que dizem respeito à própria existência do direito de exigir do réu o pagamento. Tanto o fato constitutivo da relação material quanto aquele que dá origem ao interesse de agir – ou seja, o fato contrário ao direito – configuram acontecimentos diretamente vinculados ao direito de crédito.<sup>119</sup>

Da mesma forma, a necessidade de obter tutela constitutiva confunde-se com o próprio direito à modificação jurídica. Nas denominadas "ações constitutivas necessárias" não há qualquer relevância prática na identificação desse elemento, pois o próprio legislador, ao não admitir alternativa, já realizou juízo de valor sobre a necessidade da via jurisdicional para atuação da regra de direito material. Nas demandas constitutivas não-necessárias inexistente outro fato, diverso daquele constitutivo do direito potestativo à modificação jurídica, cuja ocorrência, ou não, é verificada mediante exame do mérito.<sup>120</sup>

Não é outra a razão por que a única maneira de diferenciar o *interesse processual* do *mérito* propriamente dito é a profundidade da cognição. Afirmada e impugnada a exigibilidade do crédito, por exemplo, o acolhimento da defesa implica improcedência do pedido, não carência da ação. Esta somente se verifica se a desnecessidade da tutela puder ser aferida à luz das afirmações feitas na inicial.<sup>121</sup>

119. "Si è osservato, a nostro avviso giustamente, che non è possibile concepire come distinti questi due fatti, poichè l'obbligazione non appena sorge è immediatamente esigibile" (Antonio Nasi, "Interesse ad agire", *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXII, p. 41). Fazzalari refere-se à lesão afirmada como elemento do interesse de agir (cf. *Note in Tema* ..., pp. 126 e ss.).

120. Segundo Proto Pisani nessas ações inexistente espaço para o interesse de agir, pois o erro, a coação, o dolo ou qualquer causa de rescisão do contrato constituem fatos constitutivos do direito potestativo substancial afirmado, já-mais causa do interesse de agir: "Così, che la loro mancanza determinerà rigetto della domanda per inesistenza del diritto fatto valere, non per difetto di interesse ad agire" (*Lezioni* ..., 3ª ed., p. 334).

121. Por não estabelecer essa distinção, Antonio Nasi conclui ser sempre de mérito a sentença que nega a ocorrência do fato contrário ao direito, pois, nesse caso, "il diritto di credito non è ancora sorto, cioè non esiste" ("Interesse ad agire", *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXII, p. 41). Mas parece correta a conclusão de que, tanto quanto nas constitutivas, também nas condenatórias inexistente o problema de investigar a existência do interesse de agir. Para tanto, basta o exame da inicial. Em atenção ao princípio da economia processual, admite-se a extinção do processo desde logo, porque identificada a inexigibilidade do crédito. Com essa visão do fenómeno reduz-se a técnica das condições da ação à sua



A afirmação merece outras considerações.

## 20. Interesse: inadimplemento e inexigibilidade

Continuemos no exame do elemento suficiente e necessário à identificação do interesse de agir nas demandas condenatórias.

Imaginem-se duas hipóteses aparentemente iguais. O autor formula pedido condenatório, sob o fundamento de que a obrigação já é exigível, embora ainda não vencido o prazo contratual. A antecipação, segundo alega, deve-se ao disposto no art. 333, III, do CC – ou seja, as garantias do débito cessaram ou se tornaram insuficientes. Esse fato integra a causa de pedir. Se o réu negá-lo, deverá o juiz solucionar a lide, representada pela exigibilidade imediata, ou não, da obrigação. Ao fazê-lo, proferirá sentença de mérito, pois colocará fim à crise verificada no plano do direito material. Se o autor não conseguir demonstrar o fato controvertido, o pedido condenatório será rejeitado.

Mas se ele simplesmente afirmar na inicial que a dívida ainda não está vencida, sem qualquer outro esclarecimento, o juiz já sabe de antemão que, ao menos naquele momento, não há possibilidade de haver lide, pois reconhecida a inexigibilidade do crédito pelo próprio autor. Por ser absolutamente desnecessária, não haverá análise do mérito.

Em uma das hipóteses há lide, ainda que restrita a um dos aspectos da relação material. Na outra, não. Como a inexigibilidade não é definitiva, pois o fato não verificado ainda pode ocorrer (verificação

verdadeira função no sistema processual, eliminando-se a difusão indevida das sentenças de carência.

A jurisprudência tem corrigido os equívocos, valendo-se da melhor doutrina. O STJ, por exemplo, anulou acórdão em que se extinguiu processo sem julgamento de mérito, por ser a pretensão dos autores superior ao que se considerou devido. Considerou-se exigível e adequada a pretensão à tutela condenatória, para afastar suposta lesão a direito cometida pelo Poder Público. Se os autores formularam pedido indenizatório sobre o total da área de que eram proprietários, não obstante parcial a limitação administrativa ao direito, deveria o tribunal de origem ter rejeitado parte da pretensão, não sendo caso de carência da ação (cf. 2ª T., REsp 472.740-SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 15.4.2003, DJU 12.8.2003, p. 217).

do termo ou da condição, antecipação do vencimento), a demanda poderá ser renovada, com o novo fundamento. A conclusão é válida para ambos os casos.

Correta, portanto, a afirmação de que a verificação do interesse processual não pode ser feita com elementos da contestação, em que o réu nega um dos fatos constitutivos do direito, incluindo o inadimplemento e a própria exigibilidade, questões pertinentes ao mérito.<sup>122</sup> O exame de aspectos da relação material, necessário à averiguação do interesse, somente não implica juízo de valor sobre a pretensão, resolvendo-a, se realizado segundo os termos da inicial. Não se nega a existência, também aí, de algum juízo sobre o direito do autor. Mas ambos não se confundem, porque um coloca fim ao litígio e o outro limita-se a resolver se realmente é caso de utilização da via judicial.

Reconhece-se que, tanto quanto a ilegitimidade, o reconhecimento da ausência de interesse processual, por desnecessidade da tutela jurisdicional, produz efeito substancial. Também parece perfeitamente razoável aceitar-se certo grau de imutabilidade a esse efeito – o que não significa, todavia, admitir tenha havido julgamento de mérito. Decidir pela inexistência de crise não é o mesmo que resolver a crise.

A improcedência manifesta decorrente da falta de interesse é, na verdade, desnecessidade do processo, pois a situação deduzida não é abstratamente idônea a obter tutela.<sup>123</sup>

Sobressai esse aspecto do fenômeno, ficando em segundo plano o conteúdo de mérito que a decisão contém. Trata-se de opção legal: se a tutela jurisdicional é desnecessária, porque inexigível o suposto direito, a sentença limita-se a extinguir o processo porque não há lide a ser solucionada.

122. “O conteúdo da contestação não poderá funcionar para determinar a existência ou inexistência do interesse de agir; este é, antes de mais nada, apurado em face dos termos da petição inicial. Ou seja, a visualização do interesse processual como pressuposto processual não será compatível como o apelo a questões de mérito como critério de averiguação de sua existência” (Maria José de Oliveira Capelo, “Interesse processual ...”, *Studia Iuridica* 15/37-38).

123. Segundo Maria Francesca Ghirga, o juiz indaga se “la situazione sostanziale azionata è meritevole di essere presa in considerazione dall’ordinamento giuridico, e dunque astrattamente idonea ad ottenere tutela” (*La Meritevolezza* ..., p. 141).

Inspirou-se o legislador no princípio da economia processual. Entre o processo e o direito material existe relação de instrumentalidade necessária, constituindo o primeiro meio pelo qual se obtém a proteção e a atuação coercitiva do segundo. Se não existir necessidade da tutela jurisdicional, o instrumento revela-se inútil, e deve ser extinto o quanto antes. Ela só é necessária e idônea se a eliminação da situação contrária ao direito depender dela. Pelo que o próprio autor relatou na inicial quanto à relação de direito material, não há a menor possibilidade de configurar-se esse nexos, pois não há crise a ser solucionada.<sup>124</sup>

A relação de instrumentalidade entre o processo e o direito material é determinada pela utilidade da tutela – o que revela a existência de interesse concreto e atual. Lesão eventual e futura indica direito hipotético à tutela jurisdicional e não justifica a intervenção judicial, devendo o processo ser extinto, por ausência de necessidade.<sup>125</sup>

Essa técnica destina-se a racionalizar o trabalho do juiz e está relacionada ao princípio da economia, pois sua correta utilização permite sejam evitadas atividades manifestamente desnecessárias. Daí a importância de compreendê-la corretamente. Além das vantagens proporcionadas pela extinção logo no nascedouro de processo manifestamente inviável, se as condições da ação forem examinadas com isenção de ânimo e sem preconceitos, talvez sejam reconsideradas muitas das críticas dirigidas ao instituto.

Diante disso, a afirmação taxativa de que inexistente qualquer diferença entre sentença de carência e de improcedência do pedido revela má compreensão do instituto. Trata-se de conclusão simplista, resultante da ausência de reflexão adequada sobre o fenômeno. No plano material a sentença de mérito normalmente tem alcance maior, pois atinge a controvérsia no seu todo, eliminando-a de forma integral. Já a de carência limita-se a aspectos do litígio. Do ponto de vista processual, todavia, a distinção é nítida e relevante, tendo em vista a diversidade de regime jurídico a que se submetem a carência e o mérito.

124. Segundo Kazuo Watanabe as condições para julgamento do mérito – e não condições para a existência do direito de ação – são impostas basicamente por razões de economia processual (cf. *Da Cognição ...*, 2ª ed., p. 80).

125. Cf. Comoglio, *Lezioni ...*, 3ª ed., pp. 307-308.

Quem propõe demanda com pedido condenatório deve necessariamente deduzir na inicial situação de direito material consubstanciada em obrigação de dar, fazer ou não-fazer exigível e descumprida. A necessidade da tutela jurisdicional não decorre exclusivamente da exigibilidade do direito, pois, tratando-se de obrigação quesível, por exemplo, o credor tem o ônus de ir buscá-la. Assim, para que dos fatos descritos na inicial decorra a conclusão, o autor deve descrever o acontecimento em razão do qual seu direito tornou-se exigível, bem como a resistência do devedor em satisfazê-lo espontaneamente.

Dúvida não há de que a apuração do inadimplemento configura questão de mérito.<sup>126</sup> Se o réu, por exemplo, negar o descumprimento da obrigação, porque cabia ao credor ir buscar o respectivo objeto, sua defesa apresenta nítido conteúdo de mérito. Não obstante, eventual improcedência não impedirá nova propositura da demanda, com descrição das providências adotadas para o recebimento, bem como a resistência do réu.<sup>127</sup> A alteração de elementos objetivos afasta a identidade entre elas, não incidindo o óbice da coisa julgada.

O problema surge com relação à existência de controvérsia quanto ao outro elemento: a exigibilidade. Se esse fato é negado pelo réu, claro, também o inadimplemento é objeto de impugnação:

126. Irrespondíveis as ponderações de Dinamarco (*Instituições ...*, 5ª ed., vol. II, p. 306, e *Execução Civil*, 8ª ed., pp. 417, nota 108, e 428-429) e de Aldo Attardi (*Diritto Processuale Civile*, vol. I, p. 75). Em outra sede sustentei que o interesse processual é representado pela simples afirmação da crise de adimplemento (cf. Bedaque, "Pressupostos processuais ...", *Justitia* 156/56). Mantém-se a conclusão, pois ninguém pede tutela condenatória apenas com fundamento na exigibilidade do direito. O inadimplemento também deve ser afirmado na inicial. Não obstante, nesta oportunidade coloca-se em dúvida a utilidade da distinção, ao menos no que se refere à eficácia material da sentença. Verificados a inexigibilidade ou o inadimplemento, do ponto de vista substancial, os efeitos devem ser os mesmos, não importando a atividade cognitiva desenvolvida pelo juiz. Seja com o simples exame da inicial, seja após a atividade instrutória, chega-se a conclusão substancialmente igual. A distinção entre as duas situações, como já afirmado no corpo do texto, tem relevância apenas no plano procedimental. A ausência de interesse torna possível a extinção do processo mediante indeferimento da inicial, o que não ocorre se a inexigibilidade ou o inadimplemento dependerem de prova, porque controvertidos. Nestes casos haverá verdadeira sentença de mérito.

127. Cf. Luis Eulálio de Bueno Vidigal, "Pressupostos processuais e condições da ação", *Revista de Direito Processual Civil* VI/11.

se a obrigação nem mesmo é exigível, não há como reconhecer o descumprimento.

Pois bem. Não demonstrada pelo autor a ocorrência do termo ou da condição, conseqüentemente, inadimplemento não houve, devendo ser rejeitado o pedido do autor.<sup>128</sup> No primeiro caso, o direito, embora adquirido, não pode ser exercido (CC, art. 131). Já, na hipótese de condição não verificada o credor sequer adquiriu o direito, embora possa praticar atos destinados a conservá-lo (CC, arts. 125 e 130). De qualquer modo, inadmissível o exercício, ou não adquirido o direito, trata-se de juízo sobre aspecto da própria relação de direito material afirmada na inicial, de que resulta a improcedência do pedido de tutela condenatória.

Inexigibilidade ou inexistência de lesão significam ausência do estado de insatisfação. Tanto a verificação do vencimento da obrigação quanto a conclusão sobre ocorrência de fato extintivo (prescrição, pagamento) dependem de exame realizado no plano do direito material. A inexigibilidade e, conseqüentemente, a falta de interesse configuram um dos aspectos do mérito. É exatamente por isso que a controvérsia pode versar sobre qualquer um desses fatos.

128. Aldo Attardi sustenta, peremptoriamente, ser de mérito a sentença que reconhece a inexigibilidade do direito afirmado na inicial, pois "si può dire che anche qui il rigetto della domanda trarrà la sua giustificazione non dalla mancanza di uno stato di lesione ma dalla costatazione dell'inesistenza del diritto fatto valere. E, infatti: prima che si avveri la condizione sospensiva non si produce l'effetto della fattispecie costitutiva del diritto e, quindi, il diritto non è ancora sorto; e quanto al termine iniziale, ove si escluda che esso sia, come in effetti è, al pari della condizione sospensiva, un requisito di efficacia del negozio, deve riconoscersi quantomeno che il termine è una modalità della prestazione dovuta e che, perciò, la prestazione dovuta risulta anche qualificata da un determinato momento nel quale deve avvenire: di modo che al creditore non spetta un diritto ad una prestazione *ante diem*, ma solo un diritto alla prestazione nel giorno fissato; e se, quindi, il creditore agisca *ante diem* e chida la condanna dell'obbligato egli fa valere verso l'obbligato un diritto ad una prestazione immediata che non gli spetta" (*Diritto Processuale Civile*, vol. I, p. 77). Maria José de Oliveira Capelo afirma que a "averiguação do não-cumprimento (ou da inexigibilidade) contende com o mérito da causa, não sendo relevante no momento de averiguação dos pressupostos processuais" ("Interesse processual ...", *Studia Iuridica* 15/37). Também para Proto Pisani a não-ocorrência do termo ou da condição configura fato impeditivo do direito afirmado pelo autor, acarretando a improcedência do pedido, não ausência de interesse processual (cf. *Lezioni ...*, 3ª ed., p. 334); cf., ainda, Susana H. da Costa, *Condições da Ação*, pp. 92-93).

Ao reconhecer a inexigibilidade do direito afirmado pelo autor, único fato impugnado pelo réu, o juiz decide essa parcela do mérito. Esse julgamento é ontologicamente igual ao que rejeita o pedido por não ser o réu, mas terceiro, o verdadeiro devedor, embora tenha o autor afirmado o contrário na inicial. Mais uma vez recorre-se ao exemplo do acidente de veículo e da demanda movida ao suposto proprietário. Também aqui há solução apenas parcial da lide possível, mas integral daquela deduzida em juízo.

Esta é a razão por que a doutrina nega a relevância do interesse de agir nas ações condenatórias.<sup>129</sup>

Poder-se-ia questionar a respeito da coisa julgada material nos casos de improcedência pela não-verificação do termo ou da condição, ou seja, porque demonstrado pelo réu fato impeditivo do direito afirmado pelo autor. A especificidade da situação não constitui óbice à sua sistematização. Como o fato impeditivo reconhecido é temporário, nada impede de ele de existir, tomando possível a propositura de demanda fundada no novo acontecimento.<sup>130</sup>

Aliás, como visto acima, na própria Itália predomina hoje a idéia de que o interesse de agir só tem relevância nas demandas declaratórias e cautelares. Para se compreender essa posição é preciso distinguir os processos destinados à realização imediata de um direito subjetivo

129. A propósito, Ferruccio Tommaso observa que o estado de insatisfação do direito não se configura — e, portanto, não haveria interesse de agir — se o crédito não for exigível, se estiver prescrito ou se verificado outro fato extintivo, como o pagamento ou a remissão. E conclui que, ao afirmar a carência de interesse, o juiz está, na verdade, deliberando a respeito da procedência do pedido, motivo pelo qual, nas demandas condenatórias, interesse e mérito se confundem. E uma última observação assume particular importância, pois aponta possível equívoco da denominada "teoria da asserção". Dizer que o interesse resulta da simples afirmação do inadimplemento significa retirar toda e qualquer relevância desse elemento, pois ele seria imanente a todo pedido de tutela condenatória (cf. Ferruccio Tommaso, "Le condizioni ...", in *Appunti di Diritto Processuale Civile* — ..., 3ª ed., pp. 212-213).

130. "Mi sembra che la particolarità di queste ipotesi sia data non tanto dalla presenza di un fatto impeditivo, bensì dalla natura di durata con scadenza oltre il giudicato stesso dei fatti impeditivi in esame; è questa particolare natura di durata del fatto 'pendenza del termine o della condizione' che impedisce al giudicato di rigetto di precludere l'operatività della scadenza sopravvenuta" (Proto Pisani, *Lezioni ...*, 3ª ed., p. 82).

ou potestativo daqueles em que se pretendem formas diversas de tutela.

Nas ações condenatórias e constitutivas a necessidade da tutela jurisdicional surgiria com a simples afirmação do próprio direito material a ser efetivado no processo. Já na demanda declaratória, como o autor pretende obter a certeza jurídica,<sup>131</sup> não é suficiente a afirmação da existência do direito. É preciso esteja presente uma situação concreta de incerteza, que não se confunde com a discussão sobre a existência do direito material. Aqui se poderia falar em interesse de agir como fenômeno distinto do direito material.<sup>132</sup> Exige-se, para a

131. No Brasil há regra genérica sobre tutela declaratória, destinada a eliminar a incerteza objetiva sobre a existência ou inexistência de um direito (CPC, art. 4º). Na Itália, por não haver previsão geral, parte da doutrina sustenta ser admissível essa modalidade de tutela apenas nas situações expressamente reguladas (sobre a polêmica, cf. Giovanni Verde, *Profili del Processo Civile - Parte Generale*, pp. 116-120). Outros extraem a admissibilidade genérica da regra prevista no art. 100, sobre interesse de agir (cf. Maria Francesca Ghirga, *La Meritevolezza ...*, pp. 132 e ss.). V. também amplo estudo sobre o tema realizado por Lucio Lanfranchi, *Contributo allo Studio dell'Azione di Mero Accertamento*, vol. I, *passim*, em que todas as correntes a respeito da ação meramente declaratória são examinadas.

132. Cf.: Aldo Attardi, *Diritto Processuale Civile*, vol. I, pp. 80-81; Giovanni Verde, *Profili del Processo Civile - ...*, pp. 128-130. Segundo Comoglio o interesse de agir não apresenta a mesma importância em todas as demandas, o que será determinado pelo modo como a afirmação do direito é coordenada com a alegação dos fatos constitutivos e dos fatos lesivos. Nas demandas condenatórias e constitutivas necessárias "esso è implicito (ed è scontato, quasi *in re ipsa*) nella estessa *affermazione* del diritto insoddisfatto o (come accade con il diritto potestativo alla modificazione giuridica) nella stessa *allegazione* dei suoi fatti costitutivi; quando invece si domandi un provvedimento dichiarativo (o di mero accertamento), occorre dimostrare, caso per caso, che quest'ultimo sia concretamente idoneo e necessario a rimuovere, con effetti attuali, l'incerteza di un diritto o di un rapporto giuridico, provocata dalle contestazioni o dal vanto altrui" (Comoglio, Ferri e Taruffo, *Lezioni ...*, p. 308).

Pelo que se pode depreender, para Attardi e Comoglio o interesse de agir não apresenta tanta relevância nas demandas condenatórias e constitutivas, pois ninguém irá pleitear uma dessas tutelas sem descrever o fato lesivo ao direito ou o acontecimento em razão do qual a modificação jurídica deve ocorrer. Por isso, a idoneidade e a necessidade da intervenção judicial, nesses casos, decorrem quase que naturalmente da descrição. Já em relação à tutela declaratória é preciso examinar se os fatos realmente revelam a crise de certeza, cuja solução depende da atividade jurisdicional. Se em determinadas modalidades de tutela jurisdicional existe ação mesmo independentemente do interesse - completa

propositura da demanda declaratória, mais do que a mera afirmação da existência ou inexistência de um direito.

A dificuldade está em identificar esse fato, estranho ao direito material afirmado, cuja ocorrência torna necessária a tutela declaratória. Sustenta-se ser tarefa do juiz, em cada caso, verificar se o autor, sem a intervenção judicial para declarar a existência ou não do direito, poderá sofrer dano. Se positiva a conclusão, teria ele interesse processual, pois necessária a declaração do juiz acerca da relação substancial.<sup>133</sup>

A imprecisão é tanta nesta sede, que se chega a conceber a idéia de dois juízos sobre o interesse: um realizado hipoteticamente, e outro de forma concreta. O primeiro levaria à carência, e o segundo à improcedência.<sup>134</sup>

Prossegue-se, então, com a investigação, na tentativa de diminuir as dúvidas que o tema suscita.

## 21. Interesse processual e tutela declaratória

Passa-se, agora, ao exame do interesse de agir em relação à tutela declaratória. Aqui, o elemento apto a identificar essa condição da ação apresenta especificidades.

Sabe-se que a *certeza jurídica* é o bem da vida buscado por quem pleiteia essa modalidade de tutela jurisdicional. Diante da

Vittorio Denti -, não se pode considerá-lo como elemento constitutivo dessa *fattispecie* (cf. "Azione", in *Enciclopedia Giuridica*, vol. IV, p. 3). Maria José de Oliveira Capelo informa ser idéia generalizada na doutrina alemã que o interesse de agir tem diminuto alcance prático nas ações condenatórias (cf. "Interesse processual ...", *Studia Iuridica* 15/36, nota 42).

133. Cf. Proto Pisani, *Lezioni ...*, 3ª ed., p. 335.

134. Segundo Fazzalari a lesão ao direito é uma realidade meramente afirmada pelo autor no início do processo e declarada pelo juiz a final. Se este não reconhece a ocorrência de lesão, haveria carência do interesse de agir, representado pela necessidade da tutela causada pelo ilícito. Conclui pela possibilidade de dois juízos acerca do interesse de agir: "quello - di rito - che accerta non essere stata addotta la lesione, neppure in via d'ipotesi, e quello - di merito - che accerta, alla fine, che l'assunta lesione non c'è. Anche qui esigenza di chiarezza vorrebbe che si riservasse la dizione *rigetto per carenza d'interesse* alla sola sentenza di rito; mentre l'altra dovrebbe sempre essere indicata come *rigetto per difetto della situazione sostanziale*" (*Istituzioni ...*, 7ª ed., p. 419).

dúvida objetiva sobre a existência, ou não, de uma relação jurídica ou, excepcionalmente, de um fato (CPC, art. 4º, I e II), gerada pelo comportamento de alguém, o suposto prejudicado pela situação pode pleitear a eliminação dessa incerteza.

Nesse caso, a aferição do denominado fato violador do direito não importa exame da existência, ou não, da relação substancial cujo reconhecimento se pretende. A crise de certeza, a dúvida objetiva quanto ao direito afirmado, é constituída por fatos estranhos à situação material a ser objeto de declaração.<sup>135</sup>

Por isso, talvez a questão do interesse de agir seja realmente relevante nas ações em que se pede tutela declaratória, pois devem ser indicados com precisão os fatos constitutivos da crise de certeza.<sup>136</sup>

135. É esta a razão por que se afirma ser o processo em que é postulada a tutela declaratória "l'unico nel quale, per ottenere la tutela che con esso tipicamente si persegue, è necessaria, oltre all'esistenza del diritto tutelato, cioè accertato, anche l'esistenza di uno stato di fatto contrario al diritto stesso: lo stato di incertezza del diritto" (Antonio Nasi, "Interesse ad agire", in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXII, p. 42).

136. Nessa linha, Comoglio afirma, com bastante propriedade, conforme já reproduzido na nota 132, acima: "Quando si domandi una sentenza di condanna o un provvedimento costitutivo necessario (ad esempio, l'annullamento di un contratto, ex artt. 1425-1440 c.c.) esso è implicito (ed è scontato, quase *in re ipsa*) nella stessa affermazione del diritto insoddisfatto o (come accade con il diritto potestativo alla modificazione giuridica) nella stessa allegazione dei suoi fatti costitutivi; quando invece si domandi un provvedimento dichiarativo (o di mero accertamento), occorre dimostrare, caso per caso, che quest'ultimo sia concretamente idoneo e necessario a rimuovere, con effetti attuali, l'incertezza di un diritto o di un rapporto giuridico, provocata dalle contestazioni o dal vanto altrui" (Comoglio, Ferri e Taruffo, *Lezioni ...*, p. 308). Também Ferruccio Tommaseo nega autonomia ao interesse de agir nas demandas constitutivas, necessárias ou não, pois todos os que afirmarem ser titulares de determinada situação de vantagem assegurada pelo ordenamento jurídico só por isso possuem o poder de pleitear a tutela jurisdicional. O interesse está relacionado a uma situação substancial. O mesmo ocorreria em relação às ações condenatórias, em que o interesse é identificado pelo inadimplemento, categoria também pertencente ao direito material (cf. Ferruccio Tommaseo, "Le condizioni ...", in *Appunti di Diritto Processuale Civile* - ..., 3ª ed., pp. 215-216). Nessa mesma ordem de raciocínio, critica-se a própria expressão "interesse de agir", que outra coisa não é senão a incerteza jurídica, visto que aplicável somente às demandas declaratórias (cf. Antonio Nasi, "Interesse ad agire", in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXII, p. 43).

Com base nessas considerações, há quem negue utilidade ao conceito de "interesse de agir", no que se refere às demandas condenatórias e constitutivas.<sup>137</sup>

Segundo esse entendimento, hoje aparentemente predominante na doutrina italiana – que, como a brasileira, preocupa-se em explicar essa condição da ação –, há requisitos de admissibilidade do julgamento de mérito com caráter genérico, porque aplicáveis a todos os processos. Outros são outros específicos de alguns.

Entre os que não têm natureza geral inclui-se o interesse de agir, cuja relevância estaria restrita aos processos declaratórios e cautelares.

Para não nos afastarmos do tema central do estudo, limito-me a apontar a peculiaridade dessa condição em relação à tutela declaratória. Nesta sede o interesse de agir é representado pela incerteza objetiva sobre a existência, ou não, de determinada relação jurídica, que não se confunde com o plano do próprio direito material em questão.<sup>138</sup>

Já nas tutelas condenatória e constitutiva isso não ocorre. Nesta o interesse de agir consiste na própria afirmação do direito potestativo a uma modificação jurídica. Naquela seria representado pelo inadimplemento da obrigação – afirmação que, negada pelo réu, implica necessidade de investigação sobre a possível extinção da obrigação, configurando exame de mérito.<sup>139</sup>

137. "Ma, dire che l'interesse ad agire è *in re ipsa* è, evidentemente, solo una formula; in realtà ciò significa che in questo caso interesse ad agire non c'è poichè non è concepibile qui il fatto costitutivo di questo specifico interesse lo stato di fatto contrario al diritto" (Antonio Nasi, Nasi, "Interesse ad agire", in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXII, p. 40).

138. Aldo Attardi esclarece a posição restritiva: "Così, per il processo di mero accertamento risulta soddisfatta, in esso, l'esigenza su sottolineata, dal momento che in esso la ricerca dell'esistenza di un stato di obiettiva incertezza circa l'esistenza, o inesistenza, di un diritto si svolge su un piano diverso da quello sul quale si indaga se il diritto stesso sussista o meno" (*Diritto Processuale Civile*, vol. I, p. 74).

139. A construção é de Aldo Attardi, que, exatamente por ser a discussão sobre o inadimplemento matéria atinente ao mérito, nega seja a lesão ao direito fato relevante para a caracterização do interesse processual nas demandas condenatórias (cf. *Diritto Processuale Civile*, vol. I, pp. 74-75). Aliás, por essa mesma razão Cândido Dinamarco desloca o fato constitutivo do interesse para

## 22. Interesse e ação declaratória positiva

A questão comporta, ainda, novas considerações.

Quem pretende tutela declaratória positiva afirma ser titular de um direito não reconhecido pelo réu, fundado em determinada relação jurídica substancial.

Narram-se na inicial, portanto, dois fatos distintos: aquele que deu origem ao direito afirmado e outro, representado pelo comportamento do réu e do qual decorre a incerteza, cuja eliminação se pretende.

Ao contestar, pode o réu limitar-se a negar a dúvida objetiva – argumentando, por exemplo, que o reconhecimento do direito dependeria de simples pedido administrativo, que não foi feito.

Nesse caso, verificado não haver resistência do réu, ao contrário do que afirmara o autor, o pedido de tutela declaratória também seria julgado improcedente, pois não confirmados os fatos constitutivos descritos na inicial. Isso para quem considera todos os fatos constitutivos da causa de pedir como pertinentes ao mérito. Como visto

a exigibilidade do direito, cuja verificação estaria fora do âmbito do mérito (cf. *Execução Civil*, 8ª ed., pp. 424-429). Com relação à posição do consagrado processualista brasileiro surge o problema de o litígio versar exatamente sobre esse fato, como examinado acima. Se o adimplemento é fato extintivo da obrigação, a inexigibilidade é fato impeditivo, ainda que eventualmente temporário. É possível que a controvérsia diga respeito exatamente à não-verificação do termo ou da condição. Nesse caso a sentença teria, ou não, conteúdo de mérito? V. n. 27.

Vittorio Denti refere-se à atualidade do direito, requisito equivalente à previsão constitucional norte-americana denominada *case controversy requirement*, destinada a afastar meras *advisory opinions*. Trata-se, segundo o saudoso professor de Pávia, de requisito da demanda judicial, ou seja, relativo ao próprio pedido, não à ação, tida esta como puro direito de impulsionar a atividade jurisdicional para deduzir uma pretensão (cf. “Azione”, in *Enciclopedia Giuridica*, vol. IV, p. 4; v. também *La Giustizia Civile – Lezione Introduttive*, pp. 117-118).

Para Fazzalari a lesão ao direito faz surgir a necessidade da tutela jurisdicional e de recorrer ao juiz, configurando o que se denomina “interesse de agir”: “Lesione del diritto, bisogno di tutela per il medesimo, necessità di chiederla al giudice sono tutt’uno; meglio: sono tre momenti di un’unica sequenza logica” (*Istituzioni ...*, 7ª ed., p. 286). Crisanto Mandrioli enfatiza ser a lesão simplesmente afirmada o fato constitutivo do interesse de agir, pois, se esta condição dependesse da verificação da efetiva existência da causa de pedir, confundir-se-ia com o mérito (cf. *Corso ...*, 2ª ed., vol. I, pp. 48-49).

no tópico anterior, porém, predomina o entendimento no sentido de que a dúvida objetiva refere-se exclusivamente ao interesse de agir, não se confundindo com o mérito. Se assim é, a ausência dela levaria à extinção do processo mediante sentença terminativa, ou seja, de natureza processual.

Nesta sede, todavia, interesse processual e mérito apresentam certas peculiaridades.

Não obstante a tutela declaratória fosse necessária à luz dos fatos afirmados pelo autor, verifica-se no curso do processo ser inexistente a dúvida objetiva. O próprio réu reconhece o direito alegado, negando tão-somente a resistência em admiti-lo espontaneamente. Em outras palavras, nega apenas a necessidade da tutela jurisdicional.

A controvérsia estaria limitada, portanto, ao fato constitutivo do interesse de agir, que nas demandas declaratórias – reitera-se – não se confunde com qualquer dos elementos da relação de direito material. É acontecimento distinto, estranho à situação substancial cujo reconhecimento é pretendido. A existência do direito depende da ocorrência de determinados fatos e da subsunção deles ao ordenamento jurídico. A crise de certeza é causada por outro acontecimento – qual seja, a resistência em aceitar o direito subjetivo do servidor.

Negada e não demonstrada esta última, conclui-se apenas que o autor não necessitava da tutela declaratória. Esse resultado, todavia, não implica negar o direito subjetivo material. Apenas apura-se a inexistência de crise de certeza, porque os fatos que a originaram não foram comprovados. Examinada a afirmação de que o réu resiste em reconhecer o benefício a que o autor entende ter direito, verifica-se não ser ela correta, o que indica ser desnecessária a tutela declaratória. Tal conclusão independe de qualquer juízo a respeito da existência, ou não, do direito, razão por que não representa ela solução de mérito, não importando a atividade e a cognição desenvolvidas para encontrá-la.<sup>140</sup>

O interesse processual na tutela declaratória, como já visto, consiste na utilidade que o reconhecimento da existência ou inexistência

140. Arruda Alvim ressalta que o interesse na ação declaratória é aquele “existente e demonstrável sob o prisma processual, não se devendo considerar o interesse material, senão como elemento destinado e suposto para, ao lado do ilícito, se ver aquele configurado” (*Tratado de Direito Processual Civil*, p. 431).

da relação material possa trazer ao autor. A tutela é útil sempre que se revelar apta a conferir proteção à situação substancial deduzida na inicial.<sup>141</sup> Se o servidor público entende ser titular do direito a determinado benefício e não consegue o reconhecimento espontâneo da Administração, necessita da tutela declaratória para a satisfação do interesse jurídico.

Esta situação requer esclarecimentos complementares, tendo em vista exatamente a especificidade do interesse de agir na ação declaratória.

Não verificada a resistência do réu, o autor será considerado carecedor da ação, pois desnecessário o reconhecimento judicial do direito. Está ausente o interesse processual, não importando se a esta conclusão se chega logo no início ou após a instrução. Não se trata de improcedência, porque a solução judicial não afirma a existência ou a inexistência de um direito material.

Para obter a tutela de natureza declaratória, destinada a eliminar a crise de certeza jurídica, deve a parte demonstrar o fato constitutivo do direito material, bem como aquele que torna necessária a intervenção judicial: tenho direito à vantagem funcional porque me encontro em situação da vida amparada pela norma substancial e a Administração resiste em reconhecê-la. Não demonstrada a situação de vantagem, o pedido de tutela declaratória será recusado, ou seja, julgado improcedente. Ausente a resistência, haveria carência da ação por falta de interesse processual, representado pela necessidade da tutela jurisdicional.

Nessa linha de raciocínio, a dúvida objetiva é um dos fatos integrantes da causa de pedir, mas estranho à constituição do direito. A falta de prova a respeito levaria à carência, cuja eficácia não atinge

141. Se considerada em relação às tutelas condenatórias e constitutivas, aplicável a conclusão de Barbosa Moreira: "No campo do processo, tal ou qual providência deve reputar-se útil não tanto por ser capaz, em tese, de acarretar um proveito qualquer para quem pede, mas na medida em que, por sua natureza, verdadeiramente se revele — sempre em tese — apta a tutelar, de maneira tão completa quanto possível, a situação jurídica do requerente" ("Ação declaratória e interesse", in *Direito Processual Civil (Ensaios e Pareceres)*, p. 17). Nas ações declaratórias essa aptidão para tutelar a situação do autor materializa-se não apenas na incerteza afirmada quanto à existência ou inexistência do direito. Também a verificação em concreto desse elemento não configura exame do mérito.

o plano jurídico material. Nenhum dos aspectos da relação da vida foi objeto de exame. Simplesmente não há necessidade da declaração, porque não demonstrada a dúvida objetiva afirmada na inicial.

### 23. *Falta de interesse e ação declaratória positiva: especificidade e julgamento de mérito*

Desse quadro, possível extrair as conclusões relevantes para os propósitos desta pesquisa.

Pelo visto, o interesse de agir assume especial relevância nas demandas com pedido de natureza declaratória, pois sua verificação é realmente preliminar ao exame do mérito, ao contrário do que ocorre nas condenatórias e constitutivas. Determinar se a tutela declaratória é de fato necessária não implica juízo a respeito da existência, ou não, do direito. O estado de incerteza objetiva a respeito da existência ou inexistência da situação substancial é o fundamento do interesse de agir. O objeto da cognição é autônomo em relação ao mérito. Afirmar ou negar a incerteza nada tem a ver com o direito cujo reconhecimento é pretendido. Por isso, seria possível o reconhecimento da carência por falta de interesse ainda que existente em tese o direito substancial. Também admissível a rejeição do pedido, embora admitido o estado de incerteza.<sup>142</sup>

Esta situação, segundo parece, encerra verdadeiro paradoxo. O pedido de tutela declaratória está fundado na crise de certeza, que pode ser eliminada com a afirmação de que o direito existe, ou não. Mas o reconhecimento de que a incerteza afirmada na inicial não se verifica resulta da demonstração de fatos afirmados pelo próprio réu. Com base neles chega-se à conclusão de que o autor não necessita da tutela declaratória, porque seu direito não é objeto de impugnação.

Explica-se melhor. Ao concluir, mediante cognição exauriente da situação substancial, que a crise inexiste, o juiz necessariamente

142. "In definitiva, nelle azioni di mero accertamento l'interesse ad agire è il parametro che il giudice deve utilizzare per valutare se esista o no l'azione, è il parametro che il giudice deve utilizzare per valutare se esista o no l'azione, la valutazione che, lo abbiamo visto, non coinvolge l'esistenza o l'inesistenza del diritto sostanziale azionato: *l'intérêt est la mesure des actions*" (Ferruccio Tommaso, "Le condizioni ...", in *Appunti di Diritto Processuale Civile* — ..., 3ª ed., p. 218; cf. também Gian Franco Ricci, *Principi* ..., 2ª ed., p. 102).

emite juízo de valor sobre o direito afirmado. Aliás, ao negar simplesmente a crise de certeza o réu admite a existência do direito.

Por isso, não obstante haja carência da ação, por desnecessidade da tutela, essa solução técnica é insatisfatória, pois, apesar de já haver elementos para ditar definitivamente o regime da relação material, a sentença não disporá a respeito. É preciso, portanto, buscar alternativa compatível com a natureza instrumental do processo.

Ao negar apenas a incerteza objetiva o réu terá necessariamente de reconhecer que jamais colocou em dúvida a existência ou inexistência do direito. A esse respeito não há mais controvérsia.

Produzida a prova quanto aos fatos impugnados na contestação, poderá o juiz concluir pela não-ocorrência da dúvida. A solução, à luz de denominada "teoria da asserção" – segundo a qual as condições da ação devem ser examinadas tão-somente pelo que fora afirmado na inicial –, seria a improcedência do pedido de tutela declaratória. Admitida, todavia, no caso de ação declaratória, a necessidade de apuração em concreto do interesse, mediante produção de prova, o processo seria extinto sem julgamento do mérito, por carência da ação.

De qualquer modo, nenhuma dessas soluções satisfaz. Apesar da inexistência da dúvida, nada obsta a que sirva essa sentença para definir a própria existência do direito material. Se já há elementos que permitem a formação de juízo a esse respeito, não há razão para limitar o efeito prático do instrumento.

Por isso, tanto a improcedência quanto a carência devem ser afastadas. Se não, vejamos.

A resposta do réu, com relação ao mérito, pode ser direta. Ao negar o fato constitutivo da relação material afirmada, ou as consequências jurídicas pretendidas pelo autor, ele reconhece a crise de certeza, que não necessita ser provada. Mas, se a negativa referir-se a este fato, estranho ao direito afirmado, significa que a relação jurídica material não é objeto de impugnação.

A conclusão parece óbvia. Se o réu alega jamais ter colocado em dúvida o direito do autor, é porque o considera existente.

Pois bem. Se adotarmos o raciocínio imposto pela técnica processual e pelos que defendem a extinção do processo por carência

da ação, o mérito não será examinado e a relação de direito material, cuja existência tornou-se incontroversa, poderá ser questionada, ensejando nova demanda declaratória.

Se admitirmos o entendimento de que, não demonstrada a incerteza objetiva, deve o pedido de tutela declaratória ser julgado improcedente, perder-se-ia a oportunidade para eliminar qualquer possibilidade de determinado direito ou relação jurídica cuja existência ou inexistência tornou-se incontroversa ser novamente objeto de uma demanda judicial.

Tais soluções contrariam a própria natureza do processo. Apesar de demonstrada a situação substancial, por puro amor à técnica, abre-se mão de resultado dotado de maior utilidade para o sistema.

Extinguir o processo sem julgamento de mérito porque desnecessária a tutela jurisdicional declaratória, embora o conjunto probatório permita conclusão segura a respeito do próprio direito substancial, significa sobrepor a técnica aos fins. O mesmo se diga se reconhecida a improcedência do pedido.

Não é o que se pretende do processo, cuja existência se justifica exclusivamente em função dos objetivos que dele se esperam. Vamos extrair do método estatal de solução de controvérsias tudo aquilo que ele pode dar.

A extinção sem exame do mérito por não estar configurada a crise de certeza só se justifica se a ausência da condição da ação for detectada logo no início, quando ainda não se desenvolveram atividades voltadas à demonstração da situação substancial afirmada. Exaurida a cognição neste plano, eventual vício relacionado à forma não pode impedir que a sentença produza efeitos substanciais.

Se o réu limita-se a impugnar a crise de certeza, o fato constitutivo da relação material fica incontroverso, sendo desnecessário prová-lo (CPC, art. 334, III). Admissível a antecipação de efeitos práticos da tutela declaratória (CPC, art. 273, § 6º). Ao final, ainda que inexistente a prova da resistência indevida, não pode ser desprezada a situação de certeza resultante do processo quanto à relação de direito material.

Movido pela visão instrumentalista, sugere-se solução destinada a conferir ao processo o maior grau de utilidade possível, sem viola-



ção a seus princípios fundamentais. Como a relação substancial, cuja existência o autor pretende seja declarada, tornou-se incontroversa, deve o juiz julgar procedente o pedido de tutela declaratória. Mas, como ele não conseguiu demonstrar que necessitava da atividade jurisdicional para obter esse resultado, responderá pelos ônus da sucumbência. A ausência do interesse processual, no caso, não deve obstar ao julgamento do mérito.

#### 24. Ainda a falta de interesse na tutela declaratória e julgamento do mérito

A conclusão sustentada no item anterior comporta ampliação. Vejamos exemplo extraído da experiência prática – sempre com a preocupação anunciada no início, de aproximar e compatibilizar teoria e realidade.

O autor pede a declaração de que tem direito a determinada vantagem funcional, apontando simplesmente a situação da vida em que se encontra e a regra substancial aplicável ao caso. Nada menciona sobre a dúvida objetiva causada pelo comportamento do réu, que estaria se recusando a reconhecê-la espontaneamente.

Se a própria inicial omite um dos fatos constitutivos do direito à tutela declaratória – a incerteza – e o autor, embora intimado, não a emenda, o prosseguimento do processo revela-se desnecessário, pois o fato de o autor ser titular de um direito material não significa deva haver declaração judicial da existência dele. Como não há dúvida a ser dirimida, inexistente crise no plano substancial, conclusão a que se chega pelo exame da inicial.

Neste caso, o legislador autoriza o juiz a extinguir de plano aquele processo manifestamente inútil. Aqui há falta de interesse de agir, pois sequer foi descrito fato constitutivo da dúvida objetiva – o que indica ser desnecessária a tutela jurisdicional. Esta solução deve ser adotada pelo juiz o quanto antes, para que não sejam praticados atos manifestamente inúteis, inclusive a própria citação. A inicial será indeferida, impedindo-se o prosseguimento de processo que se revela manifestamente desnecessário (CPC, art. 295, III).<sup>143</sup>

143. Poder-se-ia argumentar também com o art. 295, parágrafo único, II. Tal dispositivo, todavia, somente se aplica se a situação não configurar carência da ação (cf. nota 93).

Mas, se não forem tomadas as providências adequadas e o réu, citado, apresentar contestação, algumas alternativas apresentam-se possíveis:

a) O direito é impugnado, tornando-se controvertido. A crise de certeza não apontada na inicial é agora revelada. A carência deixa de existir.

b) Nega-se apenas a crise de certeza, não o direito. Reproduz-se aqui a segunda hipótese antes examinada. Incontroversa a existência do direito, resta apenas a apuração do fato constitutivo do interesse de agir. De qualquer modo, todavia, o pedido será julgado procedente.

Em ambos os casos, porém, a ausência do interesse processual acaba tornando-se irrelevante, pois admissível a sentença de mérito – resultado dotado de maior utilidade prática e, por isso, mais compatível com a natureza instrumental do processo.

Outra situação, ventilada academicamente, pode gerar perplexidade. Ação declaratória visando ao reconhecimento da aquisição de propriedade por usucapião.<sup>144</sup> Após 10 anos, diante das provas produzidas, o juiz verifica que o autor já é proprietário, por registro do contrato de compra e venda feita por seu antecessor (sucessão hereditária), situação até então desconhecida. Nesse caso, ficou demonstrado, após cognição exauriente da situação de direito material, que o autor não necessita da tutela jurisdicional declaratória, pois já obtivera a satisfação do direito extrajudicialmente.

Inexistia a incerteza objetiva quanto à titularidade do domínio sobre o bem, o que ficou demonstrado mediante análise aprofundada dos fatos deduzidos na inicial.

O autor postulou a tutela declaratória do direito de propriedade sobre determinado imóvel, pois, segundo alegou, preenchia os requisitos exigidos pelo legislador à aquisição do bem por usucapião. Além disso – afirmou –, o bem está registrado em nome de terceiro, o que configura situação de incerteza objetiva sobre o verdadeiro titular do domínio.

144. Trata-se, sim, de tutela declaratória aquela que afirma o direito de propriedade por usucapião. O juiz limita-se a reconhecer direito preexistente. O Código Civil prevê o usucapião como forma de aquisição da propriedade, ao lado do registro, da aluvião, da avulsão. Preenchidos os requisitos legais, o direito real passa a existir. É preciso apenas, para afastar dúvidas objetivas, seja declarado judicialmente.

Examinados esses fatos, verificou-se que, independentemente de usucapião, ele já adquirira o direito material por outro meio.

Verificada essa hipótese, o juiz deveria julgá-lo carecedor da ação, pois ele não tem necessidade da tutela declaratória postulada. Se tal conclusão pudesse ser extraída da inicial, o processo seria extinto sem julgamento do mérito desde logo, por ausência de interesse processual. Mas a falta do interesse de agir somente pôde ser identificada após longa e complexa instrução, que revelou ser o autor efetivamente proprietário do imóvel em questão.

Diante desse quadro, indaga-se: não seria melhor já eliminar qualquer possibilidade de litígio futuro quanto ao direito de propriedade do autor, ao menos no que se refere aos elementos objetivo e subjetivo daquela demanda? Por que extinguir o processo sem exame do mérito se, apesar de desnecessária a tutela declaratória, toda a atividade até então desenvolvida foi suficiente para a demonstração desse fato, como também da existência do direito de propriedade? Parece que, nesse caso, convém abrir mão da técnica processual e superar o problema da carência da ação, possibilitando que esse processo termine com sentença de mérito, ainda que inexistente real litígio a ser julgado. A certeza como resultado da sentença constitui o bem pretendido pelo autor. Embora desnecessária a via judicial para obtê-lo, somente se descobriu isso após haver elementos suficientes para declará-la. Ora, melhor apenar aquele que provocou desnecessariamente a função jurisdicional do Estado, impondo-lhe a responsabilidade pelo pagamento das despesas do processo e honorários advocatícios, mas extrair daquela atividade desnecessária algum efeito útil no plano material. E este consiste na declaração da existência do direito de propriedade do autor.

#### 25. *Novas considerações sobre o interesse na ação declaratória: a teoria da asserção*

Retomam-se os argumentos acima desenvolvidos para dar ênfase aos motivos pelos quais alterou-se parcialmente entendimento anterior quanto à suficiência da chamada "teoria da asserção" para explicar as condições da ação. Na demanda declaratória isso não ocorre. Toda modificação de pensamento deve ser acompanhada de

justificativa exauriente, até para convencimento do próprio autor das posições antagônicas. Ele precisa sentir-se satisfeito com a nova idéia. Por isso, pede sejam relevados os exageros e as repetições possivelmente desnecessárias.

O fundamento fático da ação declaratória, como já visto, é a dúvida objetiva, a incerteza danosa quanto à existência ou inexistência de direito ou de relação jurídica. Esta é a lide a ser resolvida pelo juiz. Desta situação extrai-se a necessidade da tutela declaratória, destinada a reconhecer a existência ou inexistência de determinada relação jurídica substancial.

Afirmada a situação litigiosa na inicial, o autor aparentemente tem interesse processual. Demonstrada, mediante prova e cognição exauriente, a não-ocorrência da dúvida, o interesse revela-se inexistente, e a carência seria o resultado natural. Este resultado não significa, todavia, negação do direito afirmado. Revela apenas não-demonstração da causa de pedir ensejadora do interesse de agir, ou seja, do fato com base no qual a tutela pleiteada seria necessária. Não confirmada a situação de dúvida objetiva apontada pelo autor, conclui-se que a lide por ele descrita inexistente. Não há situação de direito material carente de tutela declaratória, motivo pelo qual não possui o autor interesse na sua obtenção. A rigor, é ele carecedor da ação, porque não comprovado o fato constitutivo do interesse de agir – qual seja, a incerteza quanto à existência do direito de propriedade.<sup>145</sup>

Este resultado não implicaria qualquer juízo quanto à existência ou inexistência do direito. O juiz rejeitaria o pedido de tutela declaratória por considerá-la inadmissível, visto que o autor não demonstrou a situação de dúvida objetiva por ele deduzida.

Insiste-se na observação. Isso não significa negar ou afirmar o direito ou a relação material. O ato judicial limita-se a não reconhecer a causa de pedir com base na qual o pedido de tutela foi formulado. Nega-se, pois, a incerteza objetiva, não o direito afirmado.

O problema é que, como esta conclusão foi obtida após a fase instrutória, se não sempre, ao menos na maioria das vezes já há con-

145. Não assiste razão, pois, a Rodrigo da Cunha Lima Freire, para quem haveria, no caso, julgamento de mérito (cf. *Condições da Ação. Enfoque sobre o Interesse de Agir no Processo Civil Brasileiro*, p. 110).

dições para a afirmação do próprio direito material. Não há crise de certeza, mas a relação jurídica efetivamente existe.

Se o autor pede tutela declaratória sem reproduzir na inicial suposta incerteza objetiva quanto à existência de determinada relação jurídica, o juiz se recusará de plano a examinar a situação de direito material, porque não há lide a ser decidida. Limitar-se-á a responder ao autor que, como a inicial não traz crise de direito material a ser solucionada, ele não necessita da tutela jurisdicional.

Diversa, porém, é a situação representada pela verificação concreta da inexistência da incerteza. Os fatos descritos pelo autor indicavam haver dúvida objetiva sobre a relação de direito material, o que não foi confirmado pelos elementos colhidos posteriormente. O que se afirmou não foi demonstrado, levando também à desnecessidade da tutela declaratória.

Se a própria afirmação não aponta a existência da crise de certeza, a inicial deve ser indeferida, pois a tutela jurisdicional é manifestamente desnecessária. Concluir de plano que não há dúvida no âmbito do direito material a ser dirimida – e, por isso, o autor não precisa da tutela – é o mesmo que descobrir não serem verídicos os fatos constitutivos do interesse afirmados pelo autor. Também aqui ele não tem necessidade da tutela declaratória. Se os motivos que justificariam a declaração da existência da relação jurídica não se verificam, porque não confirmados no processo, em princípio, segundo a técnica, não deve ser julgado o mérito.

Mas a impugnação feita pelo réu quanto ao fato constitutivo do interesse de agir necessariamente implica reconhecimento do direito afirmado na inicial. Nega-se apenas a necessidade da tutela jurisdicional. Não demonstrada a crise de certeza, pelo raciocínio acima desenvolvido, deveria o juiz extinguir o processo sem julgamento do mérito.

Tal solução, todavia, não condiz com a natureza instrumental do processo, como já afirmado no tópico anterior.

A necessidade da tutela declaratória decorre da incerteza objetiva quanto à existência ou inexistência de uma relação jurídica substancial. Trata-se de única ação em que a doutrina considera relevante o estudo do interesse processual, porque o fato que o constitui

é estranho ao próprio direito afirmado. A crise de certeza surge do comportamento de alguém que faz nascer a dúvida objetiva a ser eliminada. A ocorrência desse fato não se confunde com aqueles de cuja ocorrência, ou não, depende a existência do direito material a ser declarado existente ou inexistente. O acontecimento que deu origem à crise de certeza constitui o fato que torna necessária a tutela declaratória.

O estado de incerteza objetiva quanto à existência ou inexistência de um direito pode gerar dano a alguém, a quem se reconhece o interesse em pleitear a tutela declaratória. A incerteza surge com o comportamento de outrem que nega o direito ou o afirma existente, tornando necessária e adequada a tutela jurisdicional meramente declaratória.<sup>146</sup>

A relação entre incerteza e tutela declaratória reside no fato de que uma determina a necessidade da outra. Essa forma de tutela jurisdicional é admissível apenas se verificada a crise de certeza quanto à existência, ou não, de um direito ou uma relação jurídica.<sup>147</sup>

Pois bem. É possível que o réu limite-se a negá-lo. Nesse caso a controvérsia está limitada à existência, ou não, do interesse processual, sendo necessário o desenvolvimento do processo e, provavelmente, a produção de prova.<sup>148</sup>

146. Reconhece-se ser o processo, nesse caso, "lo strumento 'idoneo' e 'necessario' per eliminare quel pregiudizio concreto ed attuale, rappresentato, volta a volta, dall'altrui contestazione o vanto stragiudiziale o da una situazione di apparenza del diritto difforme dalla sua reale essenza. 'Idoneo' nel senso che l'esito del processo che si vuole istaurare a tutela del diritto effettivamente minacciato deve essere tale da eliminare tale minaccia effettiva (o pregiudizio che dir si voglia). 'Necessario' nel senso che tale pregiudizio non possa essere eliminato dal soggetto che lo subisce se non a mezzo della tutela giurisdizionale" (Ernesto Fabiani, "Interesse ad agire, ...", in *Rivista di Diritto Processuale* 2/573).

147. "Nell'ottica processualistica, l'incerteza è bensì collegata all'accertamento, ma all'accertamento inteso come specifica forma di tutela e non all'accertamento inteso come elemento inerente a qualunque tipo di tutela" (Michele Fornaciari, *Lineamenti di una Teoria Generale dell'Accertamento Giuridico*, p. 20).

148. Altero, nesta oportunidade, posição quanto à apuração das condições da ação. Ao contrário do afirmado em outros trabalhos (*Direito e Processo ...*, 3ª ed.; "Pressupostos processuais ...", *Justitia* 156), nas demandas declaratórias pelo menos, para verificação do interesse processual pode ser necessária produção de prova. Por isso, nem sempre o exame das condições da ação está limitado

Ao final, verificada a inexistência da crise de certeza, o processo seria extinto sem julgamento do mérito, por ausência de interesse processual. É o que determina a técnica.

Insiste-se na possibilidade e conveniência de ser adotada outra solução. Se o réu limitar-se a negar o fato constitutivo do interesse, deve o juiz considerar incontroverso o direito material afirmado e declará-lo, não obstante a falta da condição da ação. A procedência do pedido, apesar da carência, constitui solução mais útil ao sistema, pois elimina a possibilidade de qualquer controvérsia a respeito daquela relação jurídica. Como a atividade jurisdicional foi provocada desnecessariamente, arcará o autor com as custas do processo e os honorários advocatícios.

Em síntese – e considerando a especificidade do interesse de agir na demanda declaratória –, reconhece-se a insuficiência da denominada “teoria da asserção” nesta sede. Não há como negar a eventual necessidade de atividade instrutória para verificação dessa condição da ação. A incerteza objetiva afirmada na inicial – elemento estranho ao direito material cuja existência pretende o autor seja declarada – pode ser negada pelo réu. A controvérsia estará limitada ao fato constitutivo do interesse de agir, que, aqui, não se confunde com qualquer elemento da relação substancial. E é perfeitamente possível que as provas revelem inexistir a dúvida ou incerteza, o que determinaria a carência da ação.

Admitida, todavia, a linha de raciocínio adotada na investigação ora desenvolvida, possível sustentar, de forma coerente, a irrelevância da carência nos casos em que, embora desnecessária a tutela declaratória, a instrução realizada para apuração do interesse de agir revelar a efetiva existência do direito do autor.

Poder-se-ia argumentar com a desnecessidade da prova, pois, como o réu limitou-se a negar o fato constitutivo do interesse de agir, reconheceu a existência do direito do autor. Bastaria, pois, reconhecê-

à análise da petição inicial. Nas ações declaratórias, como o fato constitutivo do interesse de agir não se confunde com a relação de direito material afirmada, é possível que, havendo controvérsia em relação a ele, seja determinada instrução. Conclusão a respeito, se negativa, não se refere ao mérito, pois não se define se a relação de direito material existe, ou não. Reconhece-se apenas que não há incerteza, o que torna desnecessária a tutela declaratória.

lo. No entanto, como há controvérsia sobre a real utilidade da tutela declaratória, será preciso verificar se o autor provocou indevidamente a atividade jurisdicional, visto que, se o fez, deu causa ao processo, sendo dele a responsabilidade pelas custas processuais e honorários advocatícios.

Mais uma vez reitera-se a tese. Embora iniciado desnecessariamente, este processo reúne elementos suficientes para eliminar qualquer litígio futuro sobre determinado direito material. E isso será obtido sem qualquer esforço extra ou atividade complementar. É só flexibilizarmos a técnica processual, para admitir que a falta de interesse na tutela declaratória não impede a sentença de mérito se nos autos houver elementos suficientes que permitam afirmar a existência do direito do autor. Já que o processo nasceu e se desenvolveu, vamos extrair dele a maior utilidade possível. Extingui-lo sem julgamento de mérito, nesse caso, parece-me contrariar a lógica do razoável.

## 26. Interesse e ação declaratória negativa

Prossigamos na tentativa de subsumir a realidade às fórmulas teóricas. Ou, melhor, vamos continuar testando as construções abstratas – para o quê é necessário reproduzir situações que normalmente ocorrem e verificar se as soluções propostas são aptas a resolvê-las, sempre levando em conta a natureza instrumental do processo.

Uma das modalidades de tutela jurisdicional é a declaratória negativa, destinada à obtenção de certeza jurídica sobre a inexistência de determinada relação jurídica de direito material ou de certo direito sempre que a dúvida a respeito dessa situação causar dano a alguém.

Imagine-se que o autor pretenda a declaração de inexistência de relação jurídica cambial, com fundamento na não-realização de compra e venda e no saque indevido de duplicata pelo réu, que estaria exigindo o pagamento. Citado, ele nega a existência do fato constitutivo do interesse processual, afirmando jamais ter sacado o título e muito menos exigido o pagamento. Limita-se a afirmar não ser necessária a tutela jurisdicional, pois inexistente a incerteza objetiva apontada pelo autor. Estabelecidos os limites da controvérsia, e não havendo preliminares, instaura-se a fase probatória. Realiza-se perícia nos livros comerciais do réu, ouvem-se testemunhas, mas o autor não consegue

demonstrar a *causa petendi* da pretensão declaratória negativa, representada pela incerteza objetiva gerada pelo comportamento do réu.

A rigor, deveria o juiz extinguir o processo sem julgamento de mérito, por ausência de interesse processual. A tutela jurisdicional é desnecessária, visto que não demonstrado o fato em razão do qual ela se justificaria — isto é, a incerteza.

Tal solução, todavia, é insatisfatória. Não obstante desnecessária a tutela jurisdicional declaratória, daquele processo emergiu também a inexistência da relação de direito material descrita na inicial. Se a sentença limitar-se a reconhecer a carência, nada impede venha o réu a afirmar a existência da mesma relação de direito material, o que tornaria necessário novo pedido de tutela declaratória negativa.

Nessa medida, se há elementos suficientes para conclusão segura quanto à inexistência da obrigação, deverá a sentença declará-la, desconsiderando a falta de interesse processual. Não se deve desperdiçar a oportunidade para, ainda que desnecessária a provocação da atividade jurisdicional, eliminar qualquer possibilidade de que nova incerteza objetiva surja em relação àquela mesma situação da vida descrita na inicial.

Em última análise, nas demandas com pedido declaratório negativo, versando sobre inexistência de relação jurídica de direito material, fica completamente afastada a possibilidade de o processo ser extinto por falta de interesse processual se essa condição da ação tornar-se controvertida. Se o réu negar a atitude a ele imputada, alegando jamais ter lançado a dúvida objetiva, ele próprio está a reconhecer inexistente a obrigação. O processo seguirá seu curso apenas para a apuração do fato constitutivo do interesse. Caso o réu confirme a dúvida objetiva e insista na existência da relação de direito material, a controvérsia desloca-se para o plano exclusivamente material, pois a necessidade da tutela jurisdicional decorre naturalmente da própria contestação.

Na primeira hipótese parece-me que, embora não prove o autor os fatos alegados, a falta de interesse processual deve ser ignorada. Declara-se inexistente a relação jurídica mediante sentença de mérito, o que impedirá nova discussão a respeito.

Esta solução não impede seja o autor condenado nas custas e nos honorários advocatícios, por ter dado causa a processo desnecessário.

Na segunda hipótese poderá o pedido ser julgado procedente ou improcedente, dependendo do que resultar do conjunto probatório a respeito do crédito que o réu afirma existente e o autor nega.

O que parece importante ressaltar, especialmente tendo em vista a finalidade deste estudo, é a possibilidade de, mesmo diante de situação de carência da ação, ser não apenas possível, mas preferível, o julgamento do mérito. Trata-se de conclusão inspirada naquilo que a doutrina moderna vem denominando de “processo civil de resultados”. Com essa visão procura-se reduzir a dimensão técnica do processo ao estritamente essencial. Na medida em que a desconsideração da forma — aqui concebida em sentido amplo, para abranger também os chamados “requisitos de fundo” — não comprometa o devido processo legal e permita que o instrumento produza resultado útil no plano material, não se deve hesitar em ignorar o vício processual. O processualista não pode esquecer jamais de que sua técnica é simples garantia para que o resultado seja alcançado com segurança. Nada mais que isso.

Por isso mesmo, se o pedido de tutela declaratória negativa é formulado sem dedução de parte dos fatos constitutivos — isto é, aqueles causadores da dúvida objetiva —, já se sabe de antemão que a tutela jurisdicional é desnecessária. Está situação configura falta de interesse, devendo o processo ser extinto o quanto antes. A função desta condição da ação é evitar o desenvolvimento inútil do processo nas situações em que seja possível, desde logo, verificar a desnecessidade da tutela jurisdicional. Se não, é preciso verificar se o reconhecimento da carência pode ser evitado, a fim de que sejam alcançados os objetivos maiores do processo.

### 27. Interesse processual e mérito: novo confronto e utilidade da distinção

Não constitui tarefa fácil a identificação precisa do elemento com base no qual é verificado o interesse processual. Trata-se de questão extremamente controvertida, como ficou demonstrado pelo desenvolvimento do tema até agora.

O recurso a situações concretas auxilia a compreensão das formulações abstratas, além de servir como teste para a construção teó-

rica. Além do mais, a racionalidade de um enunciado teórico depende da possibilidade de demonstrá-lo pela experiência.<sup>149</sup>

Assim, vamos ao mundo real.

Se proponho demanda com pedido condenatório, afirmando ser credor de obrigação condicional, e o réu nega o implemento da condição, é meu o ônus de demonstrar a veracidade dos fatos constitutivos do suposto direito à tutela jurisdicional. No caso, a controvérsia limita-se à ocorrência da condição. Não demonstrado esse fato, a improcedência do pedido é inexorável.

Mas se eu afirmar na inicial que, embora ainda não verificada a condição, tenho direito ao recebimento da prestação, serei considerado carecedor da ação por inexigibilidade do direito afirmado.

Ocorre que estas duas situações aparentam ser substancialmente iguais. Em ambos os casos pleiteio o cumprimento de obrigação inexigível. Por que, então, há julgamento de mérito em um e carência no outro? Ou as duas sentenças são de mérito? Também haverá quem afirme tratar-se de carência tanto a primeira quanto a segunda hipótese.

Deve a explicação partir da idéia de "mérito", qual seja, a resposta ao pedido formulado pelo autor, com a qual o juiz resolve a lide (aquela concebida por Liebman, representada pelo conflito de pretensões deduzido na inicial) e elimina a crise de direito material. Para tanto, leva em conta a causa de pedir e os fundamentos de defesa.

No primeiro exemplo existe a lide, configurada pela controvérsia sobre a verificação da condição e, conseqüentemente, a exigibilidade da prestação. Se não houver prova desse fato, o juiz concluirá pela inexigibilidade do direito, resolvendo o litígio. Julga o mérito, pois põe fim à crise da relação material reproduzida no processo, ao reconhecer a inexistência do crédito naquele momento.

Já, no segundo o exame da situação substancial descrita na inicial revela a inexistência de lide. Se a condição não se verificou — o que o próprio autor reconhece —, o direito é ainda inexigível ou sequer nasceu. Ele próprio admite a não-verificação do fato constitutivo do direito, razão por que é desnecessário o prosseguimento do

149. Cf. Ovidio Baptista da Silva, "Direito material e processo", *Revista de Direito Processual Civil* 33/617.

processo. Nem mesmo é preciso que o réu venha aos autos para dizer aquilo que já se sabe. Não há o que ser julgado, motivo pelo qual inexistente interesse processual. Trata-se de controle da *meritevolezza* da pretensão, feito segundo os dados fornecidos pelo próprio autor e destinado a evitar atividades inúteis.<sup>150</sup>

Essa solução, embora dada com base em elementos da relação material afirmada pelo autor, é substancialmente igual à primeira, pois em ambas há juízo sobre a inexigibilidade do direito. A regulamentação dada ao caso concreto leva em conta os elementos da relação jurídica até então existentes. A única diferença é que em um dos processos houve necessidade de instrução, pois a controvérsia limitava-se apenas à exigibilidade da obrigação. No outro a conclusão não dependeu de instrução, visto que o próprio autor incumbiu-se de revelar a inexistência do direito.

Pode-se argumentar que o direito existe, embora não dotado de exigibilidade. Mas direito inexigível é, na prática, direito inexistente. Aliás, tratando-se de condição, é possível que ele jamais se torne exigível.

Também em ambos os casos, verificada a condição, nada obsta a que retorne o autor ao Poder Judiciário para pleitear a satisfação do direito. A sentença de mérito não constitui empecilho à propositura da demanda, tendo em vista não haver identidade com a primeira. Outra será a causa de pedir.

Em conclusão, a cognição de um dos elementos da relação material — a exigibilidade — produz o mesmo efeito naquele plano do ordenamento jurídico, independentemente da profundidade com que ela seja realizada. A eficácia da sentença não será apenas endoprocessual.

150. Segundo a interessante abordagem de Maria Francesca Ghirga, esse controle inicial permite evitar o abuso no exercício da ampla garantia constitucional de acesso à jurisdição: "L'interesse ad agire, come tradizionalmente inteso, quale elemento oggettivo del diritto processuale d'azione, non esaurisce la portata dell'art. 100 c.p.c., perché una lettura della norma conforme al dettato costituzionale, ed in particolare all'art. 24, 1º comma, ed al novellato art. 111 Cost., nel suo porsi come matrice di quel *giusto processo* già convenzionalmente imposto dall'art. 6, § 1, della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, impone altresì di valutare la *meritevolezza della tutela richiesta*" (cf. *La Meritevolezza* ..., p. 140).

Verifica-se, aqui, fenômeno análogo ao que ocorre com a impossibilidade jurídica e a ilegitimidade. Mesmo realizada com os elementos da inicial, a cognição, embora sumária, é suficiente para possibilitar o reconhecimento de que o autor, ao menos por enquanto, não tem o direito afirmado.

Se nos ativermos aos exemplos dados, em um a inutilidade do processo pode ser identificada *prima facie*; no outro, só após a instrução. A ausência de lide real, identificada pela verificação da inidoneidade da causa de pedir, configura julgamento de questão exclusivamente de direito, que não depende de produção de prova. O efeito desse juízo, todavia, não pode ser diverso daquele realizado após a contestação e a instrução.<sup>151</sup>

Também nesta sede a importância da distinção entre *interesse* e *mérito* propriamente dito reside na diversidade do regime processual previsto para cada uma dessas categorias. Se, à luz dos critérios propostos, concluir-se pela ausência de interesse processual, o juiz deverá indeferir a inicial (CPC, art. 295, III). Caso a carência passe despercebida, poderá ser reconhecida de ofício e a qualquer momento (art. 267, VI, e § 3º).

Tanto quanto nas demais condições da ação, o exame do interesse de agir contém juízo sobre aspectos da relação material. Nos limites da cognição realizada, a sentença produz efeito no plano da relação material e é apta a tornar-se imutável. Aproxima-se, pois, da sentença de mérito.

A utilidade do instituto reside, portanto, no tratamento a ele conferido pelo legislador processual, que pode ser alterada. Nada impede

opte o legislador por atribuir à sentença de carência por falta de interesse, na situação aqui descrita, a natureza de julgamento de mérito. Isso porque a decisão repercute no plano material, pondo termo ao litígio, tal como deduzido na inicial. Reporto-me à observação feita no último parágrafo do item 17.

## 28. Ainda confirmando os enunciados teóricos

Pensemos em demanda visando à revisão de aluguel, proposta antes dos três anos previstos na lei. Haveria diferença substancial entre a apuração desse fato na inicial, com a documentação juntada pelo autor, e aquela resultante da produção das provas no curso do processo?

A situação é substancialmente igual à de quem pede a condenação ao pagamento de dívida ainda não vencida. O suposto direito à renovação e à tutela condenatória somente surgirá a partir da implementação do termo inicial. Enquanto esse fato não ocorrer o autor não tem direito às tutelas pretendidas.

E mais: se obtidas, não obstante a carência, serão úteis ao autor, que delas poderá fazer uso. Seriam típicos exemplos de soluções injustas, com as quais o sistema convive, embora procure evitá-las.

Pois bem. Seja essa decisão proferida no início, mediante cognição sumária, seja no final, após conhecimento profundo da relação material, não há diferença substancial entre os dois atos judiciais.

Claro que a sentença precedida de cognição exauriente solucionará a crise descrita na inicial, pois, apesar das afirmações feitas pelo autor, nega a existência do direito porque o contrato não fora realizado há mais de três anos ou porque a dívida ainda não se encontra vencida. Como os fatos constitutivos do direito não ocorreram, ele inexistente. Mas, se o juiz chega a idêntica conclusão pela simples leitura da inicial, limita-se a dizer que ainda não pode emitir juízo de valor sobre a situação de direito material afirmada, porque a tutela jurisdicional é desnecessária.

Neste último caso a leitura atenta da inicial evitou o prosseguimento de processo inútil, pois já se sabe que a situação descrita não é passível de exame por enquanto. Se o autor afirma direito exigível

151. Como o interesse deve ser aferido em vista dos fatos constitutivos do pedido, Donald Armelin reconhece não ser fácil "escandir tal aferição do exame do próprio mérito. Isso porque o interesse de agir, mediando entre o interesse material e o direito de ação, corre risco de confundir-se com um ou com outro, tomando despendiência sua existência como categoria processual autônoma" (*Legitimidade para Agir* ..., p. 63). Esta é a razão por que a moderna doutrina italiana acabou por desconsiderar o interesse de agir nas demandas condenatórias e constitutivas, mantendo-o apenas como condição da ação declaratória, em que o fato objetivo que determina a utilidade da tutela jurisdicional – a dúvida objetiva – é estranho à relação jurídica de direito material, cuja existência ou inexistência será objeto de declaração e que constitui o mérito da demanda (cf., neste Capítulo, ns. 20 e 21).

e posteriormente se verifica ser inverídica a alegação, a conclusão implica reconhecimento de que a situação substancial posta na inicial não se subsume às regras materiais.

Em outras palavras, se a não-subsunção for evidente não há necessidade de o processo prosseguir. Se não, somente após a produção de provas será possível chegar-se a alguma conclusão.

No primeiro caso fala-se em carência da ação por falta de interesse processual, visto que a inexistência da crise de direito material é perceptível a olho nu e o próprio autor reconhece isso. No segundo há improcedência, pois a conclusão sobre inexistência da crise depende da investigação aprofundada da relação material, descrita com outras características.

Em ambos a sentença produz efeitos no plano material, aptos a adquirir imutabilidade. A grande diferença entre tais situações diz respeito ao âmbito do direito processual, tendo em vista o regime a que se submete a carência quanto ao momento da declaração e a desnecessidade de arguição do vício.

Se a obrigação é inexigível porque ainda não vencida, e esse vício é detectado com a leitura da inicial, fala-se em ausência de interesse processual, pois a tutela jurisdicional é desnecessária. O processo seria extinto sem julgamento do mérito, pois o exame desse aspecto da relação material, feito à luz das afirmações do autor, permite concluir que a tutela jurisdicional não poderá ser concedida.

Essa mesma circunstância, todavia, pode ser apurada apenas na instrução, pois o autor afirmara ser exigível a obrigação. Isso pode ocorrer em várias hipóteses: declaração incorreta quanto à ocorrência do termo ou da condição; afirmação de causa de antecipação do vencimento não demonstrada.

Não comprovada a exigibilidade, o processo será extinto com ou sem julgamento do mérito? Tanto quanto na verificação feita com base tão-somente nas afirmações do autor, a atividade cognitiva do juiz, neste caso, está limitada a esse elemento da relação material. Em ambos os casos chega o julgador à conclusão de que o suposto direito é inexigível. A diferença residiria apenas na forma de apuração da realidade jurídico-material: logo na inicial ou após a instrução.

Do ponto de vista da técnica processual, todavia, essa impressão não é correta.

Se a inexigibilidade é aferida de plano, pode o julgador afirmar desde logo que a tutela jurisdicional é desnecessária e o processo deve ser extinto o quanto antes. Além disso, poderá sê-lo a qualquer momento, independentemente de provocação.

Já, se a tutela for em tese necessária é preciso que o processo se desenvolva para a verificação da veracidade das afirmações do autor. Apurada a inexigibilidade do direito, verifica-se que a descrição feita pelo autor não corresponde à realidade. Então, a causa de pedir por ele relatada na inicial não se confirmou, e o pedido será rejeitado.

Nas duas hipóteses, todavia, a sentença aborda apenas um aspecto da relação material. Por isso, não obstante os efeitos materiais, a crise não será totalmente solucionada.

A situação é semelhante à hipótese anteriormente ventilada, da alienação do veículo antes do acidente. Concluiu-se naquela oportunidade ser de mérito a sentença, pois um dos fatos constitutivos da responsabilidade do réu — a propriedade do bem — não restou comprovado. Um aspecto, todavia, distingue as situações. Nesta última a lide entre autor e réu está definitivamente resolvida. Já, na ausência de exigibilidade do crédito, quer a aferição se dê logo na inicial, quer isso ocorra após a instrução, não há solução da lide entre os próprios integrantes da relação jurídica, que poderá ser novamente apresentada.

Concluindo: tanto na improcedência quanto na carência por falta de interesse há reflexos no plano material, em maior ou menor intensidade. Nessa medida, haverá também imutabilidade extraprocessual da sentença. A grande diferença entre as situações reflete-se, na verdade, em sede processual, conforme já reiteradamente afirmado.

### 29. Interesse processual e resistência do réu (demanda condenatória)

Como visto, o interesse processual suscita inúmeras questões, nem sempre exploradas adequadamente. Aliás, as condições da ação constituem instituto polêmico. A doutrina brasileira divide-se entre os que aceitam a construção de Liebman, ainda que com certas restrições, e os que se limitam a repudiá-la, nem sempre com argumentos convincentes. Os críticos de Liebman recorrem até mesmo à retórica



do colonialismo, para imputar aos integrantes da denominada "Escola Processual de São Paulo" certa subserviência às idéias do processualista italiano. Desconhecem, todavia, as discussões e divergências existentes entre os próprios processualistas paulistas. Continuamos debatendo os aspectos teóricos do direito processual, certos de que a submissão a construções, mesmo que realizadas por renomados processualistas, estrangeiros ou não, revela estagnação e ausência de reflexão, estados incompatíveis com a visão científica do processo. Por isso, continuamos pensando. E muito!

Vamos, então, a outra hipótese, ainda relacionada ao interesse processual, sempre com o intuito de verificar se a construção teórica está adequada à realidade.

Proposta demanda condenatória versando sobre inadimplemento de obrigação, o réu impugna tão-somente a denominada "causa de pedir remota ativa" – qual seja, a alegação de não-cumprimento voluntário. Argumenta com a natureza quesível da obrigação e com a inércia do credor. Em outras palavras, imputa a este último a responsabilidade pelo não-cumprimento tempestivo da obrigação.

Não demonstrada a resistência do devedor, o autor não teria direito à tutela condenatória – o que levaria à improcedência do pedido.

Para muitos, todavia, não é esta a solução correta do problema proposto. Se não havia resistência do réu ao adimplemento espontâneo da obrigação, inexistia lide, sendo desnecessária a tutela jurisdicional. Estaria configurada, portanto, a carência da ação por ausência de interesse processual.<sup>152</sup>

Dai ser necessário voltar à questão da natureza da decisão que não reconhece o fato em razão do qual existe o interesse de agir, simplesmente afirmado pelo autor na inicial de demanda condenatória.

Sabe-se que a causa de pedir compreende os fatos constitutivos da relação de direito material e os fatos que tornam necessária a tutela jurisdicional. Segundo alguns, trata-se das causas remotas ativa e

152. Segundo Dinamarco, configura ausência de interesse de agir – porque desnecessária a tutela – a falta de resistência do réu em cumprir espontaneamente a obrigação, sendo do credor a recusa em receber (cf. *Instituições* ..., 5ª ed., vol. II, p. 304; *Execução Civil*, 8ª ed., p. 417). Para Adroaldo Furtado Fabrício, nesses casos, o tema do interesse processual é todo o mérito existente (cf. "Extinção do processo ...", *RePro* 58/21).

passiva. A qualificação jurídica desses fatos representa a denominada "causa petendi próxima".<sup>153</sup>

Se o réu nega qualquer dos fatos constitutivos afirmados pelo autor, apresenta defesa direta de mérito. Inexistente prova a respeito, a demanda será julgada improcedente.

Por isso, impugnadas a relação jurídica material ou a resistência injustificada ao adimplemento, e não demonstrado qualquer dos fatos em que se baseiam as afirmações deduzidas na inicial, o pedido de tutela condenatória será rejeitado.

Embora para alguns a falta de prova quanto ao fato constitutivo da necessidade da sentença condenatória configure ausência de interesse processual, não parece correta tal conclusão, como já exaustivamente exposto anteriormente.

O autor descreve na inicial determinada situação que, examinada em tese, revela ser necessária a atividade jurisdicional para solução de uma crise de direito material, representada pelo inadimplemento de obrigação. Se não conseguir comprovar um dos fatos constitutivos do direito à tutela jurisdicional, o pedido será julgado improcedente.

Carência da ação por falta de interesse haveria se a desnecessidade da tutela fosse aferida de plano, mediante exame da situação afirmada na inicial. Verificada desde logo a inexistência de lide, não há por que dar continuidade ao processo.

Mas se o autor relatar a existência de uma obrigação não cumprida espontaneamente e o réu reconhecer o direito, limitando-se a negar o inadimplemento, a extinção do processo por falta de interesse não atende aos objetivos do instrumento, visto que o juiz tem diante de si um direito material incontroverso e já exigível. O autor só não conseguiu demonstrar que precisava ter ido ao Poder Judiciário.

A solução da carência não pode ser aceita, até porque incorreta do ponto de vista da técnica processual. Não demonstrado o inadimplemento, a improcedência seria o resultado natural. Ambas as soluções, todavia, retiram todo e qualquer efeito ao reconhecimento espontâneo da obrigação. Se o réu não nega o fato constitutivo da

153. Cf. Bedaque, "Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório", in José Roberto dos Santos Bedaque e José Rogério Cruz e Tucci (coords.), *Causa de Pedir e Pedido no Processo Civil (Questões Polêmicas)*, pp. 30-32.

relação material e afirma não haver colocado óbice ao adimplemento voluntário, é porque reconhece a obrigação.

Esta situação revela serem incontroversas a existência e a exigibilidade da dívida. Desconsiderá-la, e extinguir o processo sem julgamento do mérito ou julgar improcedente o pedido, significa considerar exclusivamente a técnica, sem levar em conta que nenhum destes resultados interessa ao sistema, pois não produz o efeito possível e adequado no plano material. Diante de qualquer deles, eventual resistência futura do devedor tornará imprescindível nova demanda com pedido de tutela condenatória, destinada à eliminação da crise de adimplemento.

Propõe-se terceira alternativa, visando ao aproveitamento das atividades desenvolvidas até então. A sugestão tem por objetivo extrair a maior utilidade possível do instrumento, sem ofensa aos valores assegurados pela técnica processual.

Como a citação constitui o devedor em mora, pode ser afastado o argumento da defesa, visto que caracterizada a resistência.<sup>154</sup> Admitida esta premissa, julga-se procedente o pedido condenatório, salvo se o réu depositar o valor da dívida. Neste caso, a tutela condenatória será denegada, autorizando-se o levantamento da quantia pelo autor, que arcará com os ônus da sucumbência.

Se não havia realmente resistência ao cumprimento espontâneo, ainda que o autor tenha afirmado o contrário na inicial, a partir da citação tal situação ficou configurada. Se o réu estava realmente disposto a cumprir a obrigação, tem a oportunidade de fazê-lo em juízo. O depósito do valor devido é prova de que não havia resistência. Caso o autor não demonstre esse fato, não terá direito à tutela condenatória. Não há óbice, todavia, a que o depósito seja levantado por ele, ante o reconhecimento judicial da dívida pelo réu. Pelas conseqüências processuais responderá aquele que indevidamente deu causa ao processo.<sup>155</sup>

154. Cf. Cândido Dinamarco, *Instituições ...*, 5ª ed., vol. II, p. 305, e *Execução Civil*, 8ª ed., pp. 427-428. Enfatiza o autor que mesmo em relação às obrigações sem termo de vencimento, para as quais a interpelação é necessária, a citação é suficiente para constituição do devedor em mora.

155. Cândido Dinamarco imagina hipótese semelhante de falta de interesse-necessidade da tutela jurisdicional, visto que sem o processo o autor podia obter o bem desejado (*Instituições ...*, 5ª ed., vol. II, p. 305). Trata-se de demanda

O raciocínio é análogo ao adotado para justificar a possibilidade de a tutela declaratória ser deferida ao autor ainda que não demonstrada a crise de certeza. Lá, a conclusão decorre do reconhecimento feito pelo réu da existência da obrigação, pois ele limita-se a negar a dívida objetiva. Supera-se a questão da falta de interesse e declara-se a existência do direito, afastando o risco de futuras demandas. Aqui, peço a condenação do réu porque tenho direito de exigir determinado comportamento (direito subjetivo material), que ele se nega a adotar. Vencida e não cumprida a obrigação, preciso da tutela jurisdicional. A prova dos fatos constitutivos do direito e dos fatos que configuram o inadimplemento pelo devedor é necessária à procedência do pedido. Não demonstrado um deles, a pretensão será rejeitada. A obrigação pode ter existido e ter sido extinta pelo pagamento ou pela prescrição, restando descaracterizado o inadimplemento. A lide será resolvida de forma desfavorável ao autor, que não demonstrou parte dos fatos constitutivos.

Mas também é possível que o réu limite-se a impugnar outro elemento da relação material: a exigibilidade do direito ou a resistência dele. Nesse caso, deve pagar imediatamente, e o processo continuará apenas para apuração de quem deu causa a ele. Se não o fizer, como a citação o constituiu em mora, estará caracterizada a resistência, devendo ser acolhida a pretensão do autor.

### 30. Ainda sobre condições da ação e natureza da sentença

Tendo em vista o quadro traçado até aqui, parece perfeitamente sustentável que o exame da legitimidade e do interesse, embora

com pedido condenatório versando sobre importância já colocada à disposição do autor pelo devedor. Segundo a linha adotada neste estudo, a ausência de interesse somente ocorre se a desnecessidade da tutela puder ser aferida na própria inicial. Se não, o réu irá impugnar o inadimplemento, com o seguinte fundamento fático: o dinheiro está à disposição do credor. Não demonstrada a resistência, a pretensão será julgada improcedente. De qualquer modo, aplicam-se as conclusões aqui apresentadas. A simples extinção sem exame do mérito ou a rejeição do pedido não impedem que o devedor frustre o pagamento futuramente. Melhor solução, portanto, é a desconsideração da carência ou da improcedência. Reconhece-se o direito do autor, que suportará as conseqüências de haver iniciado o processo desnecessariamente, desde que o réu tenha depositado o valor devido. Caso contrário, como a citação o constituiu em mora, a sentença será condenatória.

realizado à luz da relação material, não é apto a colocar termo à crise descrita na inicial, ao menos integralmente.

Se uma das partes é considerada ilegítima, a situação afirmada permanecerá intacta em sua maior parte – passível, portanto, de nova regulamentação. A resposta ao pedido limita-se à afirmação de que, com relação à situação jurídica descrita, não é possível conceder ao autor a tutela jurisdicional pleiteada, pois ele não afirmou ser o titular do interesse substancial. Também o réu será parte ilegítima se ele for estranho à controvérsia que constitui objeto do processo.<sup>156</sup>

O mesmo ocorre em relação à falta de interesse. Se a situação de direito material descrita pelo autor não representa crise alguma, ou se a tutela pleiteada não é adequada à solução da controvérsia apresentada, o juiz deverá impedir o prosseguimento do processo, porque inútil. Simplesmente dirá que o autor ainda não precisa da tutela jurisdicional, ou que o litígio apresentado não comporta a solução pretendida. Esta última solução é precedida de providências destinadas à regularização da inicial (CPC, art. 284). A declaração de inexigibilidade do direito ou de inadequação da tutela não implica afirmar que ele existe, ou não.

Se, todavia, a tutela for em tese necessária, conclusão contrária decorrente da prova produzida implica julgamento de mérito. Recorde-se da hipótese, já ventilada, em que o autor pede a condenação do réu afirmando ser dele credor em razão de obrigação exigível, porque verificados o termo ou a condição e não satisfeita espontaneamente. Demonstrado em concreto que o débito ainda não está vencido ou que a condição não ocorreu, o pedido inicial será rejeitado, visto que não demonstrada a causa de pedir afirmada na inicial.

No caso em que a tutela é ainda desnecessária não há correlação entre a *causa petendi* e o pedido, pois o próprio autor reconhece estar postulando prematuramente solução para um litígio que sequer surgiu.

156. Cf. Liebman, *Manual ...*, vol. I, pp. 122-125; *Manuale ... Principi*, 5ª ed., pp. 148-149. Nesta passagem o saudoso professor considera parte legítima o autor que afirma ser titular do interesse, ou seja, a legitimidade ativa pertence a quem invoca a tutela jurisdicional para um interesse próprio. Embora em outras oportunidades ele manifeste entendimento diverso, aqui parece haver aderido à denominada "teoria da asserção". A esse respeito, v. também Rodrigo Klippel, *As Condições da Ação ...*, pp. 77-78, e Bedaque, *Direito e Processo ...*, 3ª ed., p. 96, nota 53.

*Interesse de agir* corresponde a juízo feito pelo legislador sobre a utilidade da tutela jurisdicional para o caso concreto. Visa a evitar atividades inúteis.<sup>157</sup> Se isso não ocorreu, se o processo desenvolveu-se, inclusive com produção de prova, necessário verificar se não é possível aproveitar todos esses atos, extraindo do instrumento a maior utilidade possível. O mecanismo de controle pode ter falhado. Melhor tentar evitar que o equívoco acarrete maior dano ao próprio sistema.

Nessa linha de pensamento, sempre que possível o julgamento de mérito, ainda que verificada a carência da ação por falta de interesse processual, a alternativa mais adequada ao caráter instrumental do processo é ignorar o óbice processual.

Por isso, se o autor pleitear a condenação do réu por obrigação inexigível, ainda que tal circunstância seja passível de aferição na própria inicial, não deve o processo ser extinto sem julgamento de mérito se, não realizado o controle no momento adequado, o conjunto probatório revelar a efetiva inexistência da obrigação. O reconhecimento da carência atenderia à finalidade buscada pelo legislador, ao regular o interesse processual, apenas se o reconhecimento da carência tivesse ocorrido logo no início. Como já foram praticados todos os atos do procedimento, que permitiram ao juiz conclusão segura quanto ao direito afirmado, preferível seja a situação definida de uma vez por todas. Aliás, embora desnecessária para o autor, a tutela jurisdicional tornou-se útil ao réu, para quem o decreto de improcedência é qualitativamente superior ao de carência. Se o processo pode proporcionar esse resultado, por que limitar o alcance da sentença?

É claro que o reconhecimento da ilegitimidade ou da falta de interesse processual pressupõe exame da relação material e a solução dada também produz efeitos para fora do processo, que devem ser atingidos pela imutabilidade.

Para o legislador brasileiro isso não significa, todavia, tenha havido julgamento de mérito, pois a solução não impede que a situação

157. Correta a observação de Dinamarco: "A ausência do interesse de agir é sempre o resultado do juízo valorativo desfavorável feito discricionariamente na lei sempre que, a seu juízo, insondável pelo juiz (apenas interpretado racionalmente), a atividade preparatória do provimento custe mais, em dinheiro, trabalho ou sacrifícios, do que valem as vantagens que dele é lícito esperar" (*Execução Civil*, 8ª ed., p. 419).

da vida seja novamente trazida ao processo, ainda que com pequenas alterações. O próprio titular do suposto crédito poderá deduzir a mesma pretensão condenatória. Vencida a dívida, o mesmo autor poderá postular a tutela condenatória.

Na verdade, também a sentença de mérito não impede seja proposta outra demanda, com alterações em um de seus elementos. Para ficarmos com os exemplos já mencionados, rejeitado o pedido de indenização por ato ilícito formulado contra o antigo proprietário do veículo, nada impede volte o lesado ao Poder Judiciário para pleitear ressarcimento dos danos do atual. Também nas hipóteses em que a inexigibilidade é apurada após a instrução, porque não verificado o termo ou condição, pode o autor repetir o pedido após a verificação de um desses acontecimentos.

Em suma, do ponto de vista substancial, qualquer juízo sobre a relação de direito material adquire certo grau de imutabilidade. Algumas vezes a sentença examina apenas parte da relação material. É o que ocorre com o julgamento de carência e em algumas decisões de mérito propriamente ditas. Pois bem. Nesses casos, a parcela da relação jurídica de direito material não apreciada pode constituir objeto de outro processo. Basta seja alterado um dos elementos da demanda anterior.

Tal modificação fática, evidentemente, faz com que a situação descrita na inicial não seja exatamente a mesma. Mas o pedido terá como fundamento relação de direito material muito semelhante à primeira.

Não há julgamento de mérito no reconhecimento da ilegitimidade e da falta de interesse, em síntese, por opção legislativa. O pronunciamento judicial de carência não irá transformar-se na regra definitiva da situação de direito material descrita na inicial, que não será objeto de exame integral por parte do juiz, motivo pelo qual ela pode ser reapresentada, desde que suprida a falha.

Como essa situação se apresenta passível de verificação logo no início do processo, o legislador permitiu seja ela reconhecida desde logo e de ofício, para evitar o processo inútil. Esta é a grande característica da sentença de carência por ilegitimidade ou falta de interesse. Ela produz efeito no plano material, semelhante ao de muitas senten-

ças de mérito. Mas do ponto de vista processual somente a carência pode ser reconhecida no início e sem provocação.

A técnica das condições da ação nada mais é, portanto, que a concessão de poder ao juiz para examinar de plano parte do mérito nas hipóteses em que a pretensão se revela manifestamente inviável. Com isso, atende-se ao princípio da economia processual.

Frustrado esse objetivo, todavia, porque não realizado o controle da admissibilidade do julgamento de mérito na fase procedimental reservada a esta atividade (CPC, arts. 295, 329 e 331), é preciso verificar se o instrumento reúne elementos suficientes para que o pronunciamento judicial não fique limitado à pequena parcela do litígio abrangida pelo exame das condições da ação. Se do processo for possível extrair solução definitiva e total da crise de direito material, desde que atendidas determinadas exigências técnicas voltadas à proteção de alguns valores relevantes, não se justifica a sentença de carência. É exatamente isso que se está tentando demonstrar.

### *31. Impossibilidade jurídica, ilegitimidade e ausência de interesse: confronto*

Afirmou-se que, reconhecidas a ilegitimidade ou a ausência de interesse, a sentença produz efeitos limitados no âmbito material, pois a mesma situação pode ser objeto de novo julgamento, às vezes com alteração de elementos acidentais – como a verificação do termo ou da condição, por exemplo.

Fenômeno diverso ocorre, porém, com a impossibilidade jurídica, cujo reconhecimento implica julgamento integral da situação de direito material, inviabilizando qualquer novo exame a respeito.

Aqui, o resultado do processo é idêntico, em tudo e por tudo, à improcedência do pedido por não ter o autor demonstrado o respectivo fato constitutivo. Aliás, a identidade é ainda maior com a improcedência por não-subsunção dos fatos à regra de direito material invocada. Neste caso, se ausente controvérsia fática, a produção de prova é desnecessária (CPC, art. 334, III), sendo admissível o julgamento antecipado (CPC, art. 330, I).

Ora, não há diferença substancial entre não admitir o pedido por existência de vedação expressa no ordenamento (impossibilidade ju-

rídica) e rejeitá-lo porque a conclusão extraída pelo autor da situação descrita não encontra amparo nas regras materiais.

Proposta demanda declaratória pelo Estado visando ao reconhecimento do direito à instituição de determinado tributo mesmo sem previsão legal, o pedido será considerado juridicamente impossível (CF, art. 150, I).

Pleiteada pelo contribuinte tutela, também declaratória, para assegurar o direito a determinada imunidade tributária, o juiz conclui não preencher o autor os requisitos legais. É o caso de entidade educacional com fim lucrativo (CF, art. 150, VI, "c", c/c § 3º). Se esse fato for passível de verificação na própria inicial o pedido será juridicamente impossível. Afirmada, todavia, a finalidade não-lucrativa da entidade, se o réu impugnar esse fato e o autor não comprová-lo, o pedido será julgado improcedente.

Não há, porém, diferença substancial entre os resultados, pois em ambos afirma-se a inexistência do direito ao benefício fiscal.

Nesses dois casos a regulamentação da situação concreta é definitiva, ou seja, o direito pleiteado pelo autor é denegado. A lide é integralmente solucionada. Não há, pois, diferença ontológica entre eles. A característica de um é simplesmente a possibilidade de eliminação da crise de certeza mediante cognição sumária da relação substancial. Sem necessidade de examiná-la com profundidade, o juiz tem condições de formar convicção a respeito do direito afirmado, concluindo pela inexistência dele. Trata-se de verdadeiro julgamento antecipado, possível porque a inexistência do direito pretendido é passível de verificação na própria inicial.

Já, em relação à ilegitimidade e à falta de interesse o exame feito pelo juiz, não obstante leve em conta elementos da relação material, não é suficiente para definir se determinado direito existe, ou não. Ele limita-se a afirmar que, da forma como apresentado, não há condições de se deliberar sobre o pedido formulado.

Aliás, se qualquer juízo fundado em dados da relação material significar julgamento de mérito, tem esta natureza a decisão de que a conclusão apresentada pelo autor não decorre logicamente dos fatos narrados (CPC, art. 295, parágrafo único, II). A situação, todavia, é de inépcia da inicial. É vício formal, cuja identificação depende de dados da relação material.

Isso também ocorre com a falta de interesse e de legitimidade. Embora se levem em conta aspectos do plano substancial, o pedido formulado pelo autor, a rigor, não é julgado. Reconhecida a ilegitimidade ativa de Pedro para postular seja João condenado a satisfazer o crédito de Joaquim, esta crise de direito material não será solucionada. A resposta não permite saber se a dívida existe, ou não.

Também ao declarar ausente o interesse processual o juiz não nega a tutela jurisdicional pedida. Apenas considera-a extemporânea ou inadequada, mas deixa incólume a situação da vida narrada na inicial. Não formula a regra para o caso concreto.

Por isso, assiste razão aos críticos das condições da ação apenas quanto à possibilidade jurídica.

Considerar o pedido como juridicamente impossível significa, substancialmente, dizer que o direito do autor inexistente. Houve resposta à pretensão deduzida na inicial, o que implica julgamento de mérito.

Não há diferença ontológica entre a sentença que, depois da contestação e eventualmente da instrução, rejeite o pedido do autor porque a situação em que ele se encontra não é amparada pelo direito material e aquela que contenha esse mesmo juízo de valor por existência de vedação expressa no sistema. Em ambos os casos afirmou-se não ser o interesse do autor tutelado no plano material.

Mesmo em relação à impossibilidade jurídica, todavia, a amplitude da sentença sobre a situação de direito material pode variar. É conhecida a modificação do pensamento de Liebman quanto à possibilidade jurídica, que deixou de ser condição autônoma e passou a integrar o interesse processual. Nesta última versão ele afirma ser impossível o pedido sempre que a sentença pleiteada não possa ser proferida porque não admitida pela lei. Dá como exemplo a prisão por dívida.<sup>158</sup>

158. Cf. *Manual ...*, vol. I, p. 122; *Manuale ... Principi*, 5ª ed., p. 146. Às vezes a distinção entre essas duas condições apresenta certa dificuldade. Talvez seja esse o motivo da alteração do pensamento do autor. O mandado de segurança contra lei em tese constitui exemplo típico. Como não há lesão concreta a direito líquido e certo, inadmissível a tutela mandamental. A vedação expressa é extraída de regras do ordenamento jurídico, óbice decorrente da manifesta inutilidade da tutela pleiteada. Já se entendeu, todavia, pela ausência do interesse

Descrita na inicial relação débito/crédito, com pedido de prisão do devedor inadimplente, o juiz limita-se a considerar o pedido juridicamente impossível, sem qualquer juízo de valor a respeito de eventual direito subjetivo material do autor. Neste caso a sentença não atinge integralmente a situação substancial, que pode constituir fundamento de nova demanda condenatória, bastando a alteração do pedido.

Essa hipótese é diversa daquela em que se pede a condenação por dívida de jogo. Nesta a pretensão do autor é definitivamente rejeitada. Jamais ele obterá resultado diverso com base na mesma causa de pedir. No primeiro exemplo, alterado o pedido, a relação material poderá comportar exame. Há diferença quanto à abrangência e, conseqüentemente, ao grau de imunização, sendo completo em um e parcial em outro.

A sentença de carência por impossibilidade jurídica em razão de o autor formular pedido de prisão por dívida é tão imutável quanto

de agir por inadequação da via mandamental para questionamento de lei em tese (TRF-1ª R., 1ª T., AMS 1998.01.00.086518-6-DF, rel. Des. Manoel José Ferreira Nunes, j. 5.8.2003, DJU 21.8.2003, p. 78). O mesmo ocorre com ação popular objetivando impedir a tramitação de projeto de lei que, se aprovado, causaria lesão ao Erário. Além de juridicamente impossível o pedido, pois inadmissível o controle jurisdicional prévio da inconstitucionalidade de projeto de lei, a tutela jurisdicional é desnecessária, visto que inexistente dano concreto ao patrimônio público (cf. TJSP, 1ª C. de Direito Público, Ap. 240.670-5/6, rel. Des. Castilho Barbosa).

Teresa Arruda Alvim Wambier imagina a hipótese de indeferimento liminar de demanda renovatória por não se tratar de locação comercial. Depois indaga se é caso de ilegitimidade, de impossibilidade jurídica ou de improcedência (*Nulidades do Processo* ..., 5ª ed., p. 57). Se as partes integram a relação de direito material, têm legitimidade. Como os fatos descritos não configuram locação comercial, inexistente relação de adequação entre a causa de pedir e o pedido de tutela jurisdicional – o que configuraria falta de interesse processual. Mas, considerada a *causa petendi*, a pretensão é vedada pelo ordenamento jurídico, ainda que implicitamente. Poderíamos pensar, então, em impossibilidade jurídica. O que mais interessa, todavia, é afirmar a inadmissibilidade de a demanda ser renovada, não sendo possível novo juízo de valor acerca da mesma situação de direito material e da pretensão anteriormente indeferida. Isso leva à conclusão de que aquele litígio foi total e definitivamente solucionado pelo juiz. Houve verdadeiro julgamento de mérito, ainda que em caráter liminar. Quer denominemos de falta de interesse ou de impossibilidade jurídica a causa de extinção desse processo, não se pode negar à sentença a qualidade da coisa julgada material.

aquela que reconhece a ilegitimidade. Modificado o objeto ou o sujeito, pode a demanda ser proposta. Já, no que se refere à impossibilidade jurídica pela causa de pedir a situação de direito material obtém regulamentação definitiva.

Faz-se necessária uma observação final quanto à imutabilidade da sentença e a impossibilidade jurídica. No clássico exemplo da dívida de jogo, mesmo que o ordenamento jurídico passe a admitir a pretensão, as situações anteriores não são alcançadas pela alteração legislativa, que não pode retroagir para regular ato jurídico perfeito. Já, no caso do não menos invocado exemplo do divórcio, tratando-se o casamento de relação continuada, a lei nova o atinge, tornando-o dissolúvel.

### 32. Carência da ação e imutabilidade da sentença

Diante das considerações desenvolvidas nos itens anteriores, é preciso estabelecer algumas conclusões de forma muito clara, pois se está contrariando a doutrina majoritária – e, aparentemente, a própria lei processual.

Constitui afirmação praticamente pacífica que somente a sentença de mérito – ou seja, aquela em que há pronunciamento sobre a procedência, ou não, do pedido – é apta ao trânsito em julgado material, impossibilitando seja a pretensão deduzida em outro processo. Nessa mesma linha, se extinto o processo sem julgamento de mérito, nada impediria a repropositura da mesma demanda. Aliás, esta conclusão pode ser extraída do próprio art. 268 do CPC.<sup>159</sup>

159. A conclusão seria válida também para o Direito Italiano. A lição de Aldo Attardi é nesse sentido: "Al riguardo occorre tener presente che solo quando il giudice abbia pronunciato sulla fondatezza della domanda, la controversia decisa non può essere dedotta più in un successivo processo; altrimenti, in particolare quando la sentenza sia di rito ed il giudice abbia dichiarato la mancanza di una delle condizioni in esame, la domanda giudiziale può, nel sistema vigente, essere riproposta" (*Diritto Processuale Civile*, vol. I, p. 64).

Na doutrina brasileira esta é a posição de Donaldo Arnelin, não obstante as críticas que dirige à solução legal, porque contrária ao princípio da economia processual (cf. *Legitimidade para Agir* ..., p. 154). Há na legislação italiana, todavia, regra conferindo eficácia panprocessual às decisões sobre competência (art. 310, 2º comma), o que representaria mais que a preclusão interna e menos que a coisa julgada. Não se pode mais, em processos sucessivos, discutir a res-

Não obstante tenha o legislador processual previsto a hipótese de impossibilidade jurídica do pedido como extinção do processo sem julgamento de mérito (CPC, art. 267, VI), não parece contrariar o sistema a conclusão de que essa sentença é apta ao trânsito em julgado, visto que decidida a lide (CPC, art. 468) – o que não ocorre em relação às demais condições da ação. O reconhecimento da ilegitimidade e da falta de interesse não implica solução integral do litígio, pois aborda apenas alguns seus elementos.

No que se refere à ilegitimidade, embora não configure julgamento de mérito ao ver do Código de Processo Civil, há forte tendência em considerar imutável a decisão, nos limites do exame da relação material realizado pelo juiz – solução que merece apoio, como já exposto anteriormente.<sup>160</sup>

peito de competência anteriormente definida pela Corte de Cassação. A questão é controvertida, não obstante o art. 393 dê a entender que também tais decisões são alcançadas pela denominada “preclusão externa” (cf. Proto Pisani e Remo Caponi, *Lineamenti di Diritto Processuale Civile*, p. 162; v. também Proto Pisani, *Lezioni ...*, 3ª ed., pp. 299-300).

160. Também na Itália a natureza da sentença de carência por ilegitimidade passiva é controvertida. Liebman refere-se à polêmica entre Allorio e Carnelutti a propósito de julgamento da Corte de Cassação. Para Allorio a discussão sobre o direito do transportador, após a entrega da mercadoria, ao ressarcimento dos danos decorrentes do inadimplemento do contrato diz respeito ao mérito. Segundo Carnelutti o mérito seria a existência, ou não, do direito deduzido em juízo. Saber se ele pertence ao autor, independentemente de sua existência, é questão de legitimidade. Curiosamente, Liebman afirma que: “A bene guardare, tuttavia, sembra che paradossalmente potessero essere nel vero entrambi gli autori”. Continua, esclarecendo que a questão abstrata sobre a titularidade do direito no caso descrito pode ser projetada de duas maneiras: como questão de mérito, se alegado que o direito deduzido não pertence ao autor, ou como questão de legitimação, se deduzido em preliminar que o direito, ainda que existente, pertenceria a pessoa diversa daquela que propôs a demanda (cf. *Manuale ... Principi*, 5ª ed., p. 149, nota 14). Parece, todavia, que a maneira como a defesa seja apresentada não influi na natureza da questão. Ao afirmar que o direito pertence a terceiro, e não ao autor, o réu está pleiteando o reconhecimento da inexistência do direito – ou seja, trata-se de questão de mérito. A situação é análoga à do acidente de veículo em que o pedido indenizatório é dirigido ao proprietário, que demonstra ter alienado o carro antes dos fatos. Também aqui o juiz profere sentença de mérito, pois nega a obrigação do réu porque não demonstrado um dos fatos constitutivos do direito. A lide trazida ao Poder Judiciário está completamente solucionada, muito embora o mesmo fato da vida (acidente) possa fundamentar outro pedido, agora contra o novo proprietário. A rigor, mesmo o reconhecimento da ilegitimidade implica solução do litígio apresentado em juízo. Talvez por

Partes legítimas são aquela autorizada pelo ordenamento jurídico a levar a lide para exame do juiz e aquela cuja esfera jurídica poderá ser afetada pela eficácia da tutela jurisdicional. Em regra, possuem legitimidade os integrantes do conflito de interesses que deu origem à lide e ao pedido. Em casos excepcionais o legislador confere legitimidade a pessoas estranhas ao conflito.<sup>161</sup>

O reconhecimento da ilegitimidade significa afirmar que a parte do processo não integra a relação substancial litigiosa. Essa decisão tem de se tornar imutável nos limites em que o exame foi realizado.

Também certo grau de imutabilidade adquire a sentença de extinção do processo por ausência de interesse de agir. Tem interesse processual o autor se a tutela jurisdicional a seu pedido for útil e necessária, por se tratar do meio de que ele dispõe para obter a satisfação do interesse material, primário. Fala-se em “interesse de segundo grau” porque representado pela necessidade de formular o pedido para a satisfação de outro interesse, não satisfeito pela resistência de outra pessoa.<sup>162</sup> Isso não significa, todavia, concordância com a afirmação de que nesses casos há julgamento de mérito, pois não são examinados os pressupostos de natureza substancial, cuja existência indica ser o direito passível de tutela.

isso Fredie Souza Didier Júnior considere ser de mérito a sentença de extinção do processo por ausência dessa condição (*Pressupostos Processuais ...*, p. 357, Conclusão 28). A diferença, parece, reside tão-somente na profundidade da cognição – uma sumária e outra exauriente, mas ambas suficientes à formação do convencimento do juiz.

161. Cf. Liebman, “O despacho saneador e o julgamento do mérito”, in *Estudos ...*, p. 126.

162. Segundo Liebman: “A existência do conflito de interesses fora do processo é a situação de fato que faz nascer no autor interesse de pedir ao juiz uma providência capaz de resolvê-lo. Se não existe o conflito, ou se o pedido do autor não é adequado para resolvê-lo, o juiz deve recusar o exame do pedido como inútil, antieconômico e dispersivo” (“O despacho saneador e o julgamento do mérito”, in *Estudos ...*, pp. 125-126). Pondera-se apenas que a real existência do conflito somente será examinada após a resposta do réu e possivelmente depois de produzida a prova. Se o juiz concluir, à luz do conjunto probatório, não haver conflito entre autor e réu, porque inverídica a situação descrita na inicial, deverá julgar improcedente o pedido. Nesse caso houve efetivo exame da lide e da pretensão dela extraída. Daí ser imperioso concluir que a não-existência do conflito, como motivo para o reconhecimento da carência, deve ser aferida tão-somente à luz daquilo que fora afirmado na inicial.

Mas não se pode deixar de reconhecer que as condições de admissibilidade da demanda ou de exame do mérito distinguem-se daqueles outros requisitos de natureza puramente processual, denominados "pressupostos processuais". Carência da ação decorre de juízo realizado sobre elementos da relação material, o que não ocorre em relação a estes últimos. Declarada a falta de condição da ação, portanto, a sentença produz efeito no plano substancial, pois não deixa de representar julgamento sobre elementos do mérito, este considerado em sentido amplo.<sup>163</sup> Tal proposta apresenta inconveniente, já apontado em sede doutrinária, sobre o qual algumas considerações são imprescindíveis.

O art. 268 do CPC diz textualmente que a extinção do processo sem julgamento do mérito, salvo algumas hipóteses expressamente referidas, *não obsta a que o autor intente de novo a ação*. A interpretação desse dispositivo é aparentemente simples. Se a sentença de carência é uma das situações em que o processo é extinto sem julgamento do mérito (CPC, art. 267, VI), pode o autor repropor a mesma demanda, pois, além do disposto no art. 268, não se verifica o fenômeno da coisa julgada material (CPC, art. 468). Se assim é, atribuir-lhe imutabilidade, impedindo seja novamente proposta a mesma ação, geraria insegurança no sistema, pois se estaria conferindo à lei compreensão diversa daquela expressamente adotada.<sup>164</sup>

163. Comoglio trata do tema com bastante clareza, especialmente porque não se vincula a dogmas nem a críticas não fundamentadas. Reconhece haver diferença substancial entre a carência da ação e o pronunciamento sobre alguma questão procedimental ou processual, pois aquela é uma decisão "avente per oggetto ciò che i pratici definiscono *merito in senso lato*, ricollegandosi comunque all'intrinseco della domanda (o, se si preferisce, al modo in cui viene in essa prospettato quanto in essa si chiede). Tale pronunzia, coerentemente, è suscettibile di acquisire l'autorità del giudicato sostanziale, facendo stato fra le parti (gli eredi e gli aventi causa) ai sensi dell'art. 2909 c.c. (...). Esse, quindi, si comportano funzionalmente come *condizioni di ammissibilità della pronunzia sul c.d. merito in senso stretto* (cioè sul fondamento intrinseco della proposta domanda)" (Comoglio, Ferri e Taruffo, *Lezioni* ..., pp. 306-307). Nessa mesma linha, Susana H. da Costa entende haver na sentença de carência julgamento de questões de mérito (cf. *Condições da Ação*, pp. 106 e ss.). Também defende interessantíssima idéia: a existência, nessa hipótese, de tutela sumária favorável ao réu e apta ao trânsito em julgado (idem, pp. 95 e ss.).

164. A preocupação é de Flávio Yarshell, que, com razão, conclui pela necessidade de opção entre duas alternativas: imutabilidade da sentença e ad-

Compreensível o temor, especialmente porque considerar imutável a sentença de carência, ainda que observados os limites da decisão, representa aparente limitação ao direito de acesso à Justiça (CF, art. 5º, XXXV). O risco, todavia, inexistente. Também já se considerou temerário conferir imutabilidade no plano material a decisões fundadas em cognição sumária. Refletindo melhor, todavia, verifica-se que, embora não exauriente, a atividade cognitiva realizada pelo juiz com o fim de verificar as condições da ação é suficiente para definir determinado aspecto da relação substancial. Trata-se de exame muito semelhante ao que se faz nas hipóteses de julgamento antecipado de mérito quando a questão é unicamente de direito (CPC, art. 330, I). Aliás, na sentença em que se reconhece a impossibilidade jurídica da demanda, embora feita tão-somente com base nos fatos afirmados na inicial, a cognição é apta a solucionar integralmente a lide, motivo pelo qual a sentença deve adquirir a qualidade de coisa julgada material com relação a todo o objeto do processo.

Desnecessário o recurso a soluções aparentemente diversas da coisa julgada material mas que, do ponto de vista substancial, dela não diferem. Dizer que a sentença de carência não adquire a qualidade de que ora se fala, devendo o legislador, porém, impedir a reiteração da demanda, salvo se eliminada a carência por fatos novos – como a aquisição da legitimidade por quem não a possuía –, é atribuir outro nome à coisa julgada.<sup>165</sup>

missibilidade da rescisória, ou simples possibilidade de repositura da mesma demanda. O que não pode ser aceito, sob pena de violação à garantia constitucional de acesso à Justiça, é a exclusão da rescisória e a vedação à renovação da demanda. Tendo em vista a incerteza reinante nesta sede, opta o autor pela interpretação literal do art. 268, pois, não obstante reconheça o nexo entre as condições da ação e o direito material, não deve o intérprete distinguir onde a lei não o fez (cf. *Ação Rescisória* ..., pp. 161-162).

165. Afasto-me, neste ponto, do respeitado processualista Donaldo Armelin. Esta solução não evita a rigidez da coisa julgada, pois, se algum fato novo conferir legitimidade à parte, a demanda será outra e poderá ser proposta, independentemente de a primeira sentença haver transitado materialmente em julgado (cf. *Legitimidade para Agir* ..., p. 155). Teresa Wambier e Miguel Garcia Medina sustentam haver na sentença de carência "fenômeno assimilável à coisa julgada, porquanto somente se poderá propor nova ação se corrigido o vício – e não mais se poderá falar, no caso, que se está diante da *mesma* ação" (*O Dogma da Coisa Julgada – Hipóteses de Relativização*, p. 32). Marinoni e Arenhart identificam plenamente sentença de carência com sentença que julga o direito



No caso de impossibilidade jurídica da demanda a cognição sumária é suficiente para a formação do convencimento do juiz acerca da inexistência do direito afirmado pelo autor. Como o julgamento se dá exclusivamente por razões de natureza jurídica, eventual controvérsia fática torna-se irrelevante. Por isso, se a leitura da inicial é suficiente para formar a convicção do juiz, desnecessário o conhecimento de outros aspectos fáticos da relação material. É o que ocorre, substancialmente, no julgamento antecipado previsto no art. 330, I, do CPC.

Mesmo em relação às demais condições da ação, ainda que o resultado não seja apto a solucionar integralmente a crise de direito material, a cognição, embora não exauriente no sentido vertical, é suficiente para resolver alguns aspectos da relação jurídica, possibilitando resultado contrário ao autor, em razão da descrição que ele próprio faz da relação material.

Não é temerária, portanto, a atribuição da coisa julgada material à sentença de carência, impedindo a propositura da mesma demanda. Em contrapartida, deve-se admitir a rescisão dessa sentença.<sup>166</sup>

substancial, motivo pelo qual concluem haver coisa julgada material em ambas (cf. *Manual do Processo de Conhecimento*, 2ª ed., pp. 69-70) – no que acompanham integralmente a posição de Galeno Lacerda (cf. *Despacho Saneador*, p. 158). Embora não pareça haver julgamento do pedido propriamente dito, salvo se reconhecida a impossibilidade jurídica, o resultado quanto à coisa julgada material é o mesmo. Como Marinoni e Arenhart, conclui-se que a sentença de carência pode tornar-se imutável no exato limite do exame feito no plano material, mediante cognição sumária mas suficiente. Este fenômeno outro nome não tem senão “coisa julgada material”. Para quem – como Didier Júnior – estende a imutabilidade de toda e qualquer sentença para fora do processo a discussão não tem sentido, pois mesmo o reconhecimento da ausência de pressupostos processuais “impede a renovação da demanda sem que se tenham consertado os defeitos identificados” (*Pressupostos Processuais* ..., p. 98). Sobre carência e coisa julgada v. também a correta conclusão de Susana H. da Costa, *Condições da Ação*, pp. 150 e ss. Barbosa Moreira informa ser essa a posição dominante na doutrina estrangeira (cf. “Ainda e sempre a coisa julgada”, in *Direito Processual Civil (Ensaios e Pareceres)*, p. 143).

<sup>166</sup>. Embora tenha recebido o apoio de Flávio Yarshell ao adotar posição diversa, peço vênias para alterar o entendimento anteriormente defendido. Para tanto, invoco argumento por ele mesmo utilizado: “Nesse contexto, talvez um dado objetivo ao qual se possa e se deva recorrer – quando menos, como forma de atenuar o problema – é o de que a coisa julgada material existe e se justifica se e quando houver cognição apta a exaurir a relação controvertida” (Flávio

### 33. Condições da ação: reafirmando algumas conclusões

A teoria das condições da ação, tal como formulada originariamente, foi recepcionada pelo legislador brasileiro, que a elas se refere em várias oportunidades (CPC, arts. 267, VI, 295, II e III, e parágrafo único, II, e 301, X). Talvez seja o único país em que esse fenômeno ocorreu. Nem na Itália a construção de Liebman teve tanta repercussão como aqui. Hoje, a tendência naquele país é reunir em uma única categoria os requisitos de admissibilidade do julgamento de mérito, sem distinguir entre pressupostos processuais e condições da ação. Esta orientação vem ganhando adeptos também no Brasil.<sup>167</sup>

Sobre a possibilidade jurídica pouquíssimas são as referências. Aliás, o próprio Liebman acabou por tratá-la conjuntamente com o interesse processual (cf. *Manuale ... Principi*, 5ª ed., p. 146).

Yarshell, *Ação Rescisória* – ..., p. 162). O reconhecimento da impossibilidade jurídica, embora feito com base apenas nos fatos descritos na inicial, é suficiente para exaurir a relação de direito deduzida pelo autor. Nada mais é necessário – motivo pelo qual dispensa-se a cognição exauriente. Não é por isso, todavia, que a sentença não deva adquirir a imutabilidade substancial. Além da idéia de cognição possível – que, segundo o jovem processualista, justifica a coisa julgada nos casos de revelia –, deve-se pensar também na cognição suficiente, para explicar fenômeno idêntico na hipótese de impossibilidade jurídica. E, nessa mesma linha, em relação a alguns aspectos da relação material (legitimidade, por exemplo), a cognição sumária é adequada e suficiente para resolvê-los. Fica também afastado o risco de violação à garantia constitucional de acesso à Justiça, visto que a conclusão definitiva é contrária ao autor e foi adotada com base nos fatos por ele próprio afirmados.

<sup>167</sup>. Cf.: Bedaque, “Pressupostos processuais ...”, *Justitia* 156/48 e ss.; Cândido Dinamarco, *Instituições* ..., 5ª ed., vol. II, pp. 618 e ss. Proto Pisani reúne todos os pressupostos de admissibilidade do julgamento de mérito na categoria dos *requisitos extraformais*, ao lado dos denominados “formais”, estes relacionados com a forma e o conteúdo do ato processual. Dizem respeito ao juiz e às partes. Entre aqueles relativos às partes inclui a legitimidade e o interesse (cf. *Lezioni* ..., 3ª ed., pp. 231 e ss., 267 e ss. e esp. 309 e ss.). A classificação apresentada pelo autor tem em vista os sujeitos da relação processual. Ele procura identificar os requisitos do processo em função desse dado, ao contrário do que ocorre no Direito Brasileiro, em que a distinção entre pressupostos processuais e condições da ação corresponde a outro ângulo de análise dos mesmos requisitos: existência, ou não, de nexos entre eles e a relação material. Os pressupostos dizem respeito exclusivamente ao processo, enquanto as condições são examinadas à luz da relação material (cf. Bedaque, *Direito e Processo* ..., 3ª ed., pp. 103 e ss.).

A legitimidade, segundo se afirma, está relacionada à idéia de ação como conjunto de posições jurídicas subjetivas, e é determinada à luz da providência substancial pleiteada, imaginando-se como seria, hipoteticamente, a futura tutela jurisdicional.

Esta é a situação legitimante em função da qual se determina quem pode estar em juízo. Compreende dois aspectos: o direito pretendido e os sujeitos a serem alcançados pela tutela hipotética. Para esse fim não se leva em conta o efetivo resultado favorável, mas apenas o desejado pelo autor no plano material.<sup>168</sup>

O interesse de agir, sobre que reina intensa controvérsia, é representado pela necessidade da tutela jurisdicional, a ser apurada segundo dados extraídos da relação material, salvo no que se refere à ação declaratória, como já visto.

Em síntese, o exame das condições da ação importa exame de aspectos da relação material. Essa afirmação é incontroversa.

168. A construção é de Elio Fazzalari, que alude à possibilidade de ser questionada a legitimação para agir do réu, que não seria destinatário da tutela requerida nem de forma hipotética: pleiteia-se a tutela em relação a determinada pessoa, mas outra é chamada a integrar o pólo passivo ("Azione civile ...", in *Digesto ...*, vol. II, p. 33; *Istituzioni ...*, 7ª ed., p. 315). A ilegitimidade passiva, como imaginada por Fazzalari, decorre, ao que parece, apenas de erro verificado na execução do ato destinado a chamar o réu ao processo. Não está relacionada a equívoco cometido pelo autor na descrição feita na inicial. E tem razão o professor de Roma. Se alguém é apontado como o sujeito passivo da relação material e outra realidade surge do conjunto probatório, o juiz deverá julgar improcedente o pedido. Trata-se de sentença de mérito. Apontado como destinatário passivo da tutela jurisdicional alguém que não figura na relação material descrita, configura-se inépcia da inicial, pois dos fatos não decorre logicamente o pedido (CPC, art. 295, parágrafo único, II). A única hipótese possível de ilegitimidade passiva, portanto, é realmente a figurada por Fazzalari.

A questão da legitimidade passiva, como corretamente esclarece Barbosa Moreira, é extremamente simples: "Basta averiguar *em face de quem* pretende o autor obter a tutela jurisdicional. A afirmação contida na inicial é suficiente. Particularizando o discurso para as ações relativas a direitos de crédito: legitimado passivamente é aquele a quem o autor imputa a condição de seu devedor. Se a dívida na verdade existe ou não, ver-se-á no julgamento do mérito – e só nele" ("Legitimação passiva: ...", in *Direito Aplicado II ...*, p. 379). De fato, a legitimidade passiva afere-se exclusivamente à luz dos fatos afirmados e da posição do réu em relação a eles (situação legitimante). No pólo ativo há ilegitimidade se o autor não for o beneficiário do suposto direito cujo reconhecimento é pleiteado, salvo se ele for considerado substituto processual ou legitimado extraordinário.

A impossibilidade jurídica, especialmente se fundada na causa de pedir, resulta de juízo definitivo sobre todo o litígio. Trata-se de verdadeira sentença de mérito.

Conclusão sobre a falta de interesse – quer o elemento para identificá-lo seja a lesão simplesmente afirmada, quer seja a exigibilidade – também importa definição desse aspecto da relação material.<sup>169</sup> Como a lide não está completamente solucionada, os outros aspectos ainda podem ser objeto de julgamento, desde que suprido o interesse. O reconhecimento anterior da ausência dessa condição torna-se imutável.

Fenômeno idêntico ocorre em relação à ilegitimidade. Afirma-se apenas que o autor não pode formular aquela pretensão, ou que o réu não pode suportar os efeitos jurídicos da relação material afirmada. Esse resultado pode tornar-se definitivo e imutável, embora não implique solução integral do litígio, pois não se define se a parte legítima tem efetivamente o direito, ou está realmente sujeita às conseqüências pretendidas.

Pois bem. Conclui-se que a sentença de carência por ausência de interesse ou de legitimidade acarreta a solução de pequena parte da lide, razão por que pode e deve ser proferida em caráter liminar. A definição de todo o litígio logo no início do processo somente é possível se o pedido for manifestamente injurídico.

Quer a solução seja integral, quer seja parcial, sobre o que ficar decidido no plano material deve a sentença tornar-se imutável, não sendo mais admissível discussão a respeito.<sup>170</sup> A cognição exercida,

169. Sensível a esse aspecto do problema, Dinamarco reconhece ser a exigibilidade do direito categoria jurídico-material, muito embora a inexigibilidade repercute no âmbito processual, o que se deve à relação instrumental entre direito e processo (*Execução Civil*, 8ª ed., pp. 426-427). Não obstante inexistente sentença de mérito, segundo teoria de Liebman, o reflexo da decisão no plano substancial não pode ser ignorado, como exposto no texto e na nota seguinte.

170. Para Galeno Lacerda mesmo na extinção por ilegitimidade há verdadeira sentença de mérito, porque esse resultado equivale à rejeição do pedido e implica solução da lide. Ainda que não se aceite a amplitude da afirmação – visto que o reconhecimento da ilegitimidade não põe fim ao litígio –, a conclusão quanto à imutabilidade da sentença, nesses casos, é irrecusável: "Todo juízo de valor sobre esse pedido fará coisa julgada material, nos limites subjetivos em que a lide se configurou. Se autor ou réu forem partes ilegítimas para a causa, a

ainda que verticalmente sumária, é suficiente para a formação do convencimento do juiz acerca de determinado aspecto da relação material ou mesmo de todo o litígio, pois a decisão, fundada em afirmações feitas pelo próprio autor, será contrária a ele.<sup>171</sup>

Tal conclusão impõe seja conferido ao art. 268 do CPC significado diverso daquele defendido por grande parte da doutrina. Pode o autor intentar de novo a ação, desde que não reproduza aspectos já

*res será julgada relativamente a eles. É o quanto basta para que a sentença naquela ação, entre aquelas partes, transite materialmente em julgado. O conflito entre autor e réu, como se retratou no pedido, estar resolvido, haverá decisão de mérito*" (Galeno Laceda, *Despacho Sancionador*, p. 89). Tenho de reconhecer que a divergência com o ilustre jurista do Rio Grande do Sul acaba sendo meramente terminológica. Para mim a extinção do processo por ilegitimidade não configura sentença de mérito, porque não há solução integral do litígio deduzido. No entender de Galeno aquela lide é resolvida, havendo, portanto, julgamento de mérito. Com relação ao aspecto mais importante do tema, porém, inexiste divergência: nos limites do juízo de valor realizado no plano material a sentença deve tornar-se imutável, operando-se a coisa julgada material. A cognição da relação substancial, embora sumária, é suficiente para formação do convencimento do juiz a respeito da impossibilidade de atribuir ao autor o bem da vida desejado. Essa cognição suficiente é feita com base nos dados fornecidos pelo próprio autor – o que justifica tornar imutável a decisão.

171. Cândido Dinamarco, embora entenda não haver sentença de mérito na extinção do processo por carência, reconhece deva a sentença adquirir imutabilidade inerente à coisa julgada. Embora nenhuma das causas de carência possa ser assimilada ao *meritum causae*, o reconhecimento de que o autor não pode, em concreto, exigir a sentença de mérito decorre de aspectos juridico-substanciais. Ainda que essa resposta não implique solução à pretensão, seus efeitos projetam-se no plano material: "essas sentenças definem uma situação que transcende a vida e as vicissitudes do processo que se extingue, atingindo uma situação jurídica exterior e anterior a este (a ação). Tanto quanto no julgamento do mérito, contém-se nessas sentenças a definição de situações que poderiam repetir-se em outros processos, não fora a autoridade *rei judicatae*. Minha opinião é minoritária" (*Execução Civil*, 8ª ed., p. 405, nota 94). Tenho dúvidas sobre o acerto da última afirmativa. Vem crescendo o número de adeptos da posição sustentada por Dinamarco, especialmente em sede jurisprudencial (cf., por exemplo, *RT* 741/259-262; STJ, 4ª T., REsp 103.584-SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 5.6.2001). Embora por algum tempo tenha hesitado em adotá-la, hoje estou plenamente convencido de que a eficácia material da sentença de carência deve adquirir imutabilidade. Não me assusta a sumariedade da cognição que a precede, pois fundada na descrição da situação substancial feita pelo próprio autor. Não há risco de violação ao contraditório nem a outra garantia do devido processo legal.

definitivamente solucionados da relação material. Eventual ausência de interesse ou de legitimidade anteriormente reconhecida torna-se imutável, devendo a parte, na nova demanda, corrigir o vício. Isso torna necessário alterar a descrição fática em relação ao requisito faltante. Já, o reconhecimento da impossibilidade jurídica constitui verdadeira sentença de mérito, pois a pretensão do autor é rejeitada no seu todo, nada mais restando para ser decidido no âmbito daquele fenômeno jurídico-material.<sup>172</sup>

Como consequência natural dessa conclusão, deve-se admitir a ação rescisória contra a sentença de carência.<sup>173</sup>

172. Embora sem extrair todas essas conclusões, Luís Eulálio de Bueno Vidigal já admitia certa estabilidade para a sentença de carência, pois exigia, para a propositura de nova ação, a correção da falha que impedira o julgamento do mérito (cf. "Pressupostos processuais ...", *Revista de Direito Processual Civil* VI/11).

173. A propósito dessa questão, mais uma vez informo ter alterado entendimento anterior, já manifestado inclusive em sede jurisdicional. Tratava-se de demanda reproposta em face de réu já declarado parte ilegítima. Segundo entendimento do eminente Des. Campos Mello, a extinção do processo sem julgamento do mérito por ilegitimidade passiva impede seja a ação novamente proposta: "Não importa que tal decisão não tenha ferido o mérito da controvérsia. Isso é irrelevante. Reconhecida a ilegitimidade passiva por decisão irrecorrida, não é possível a repropositura. A decisão que reconhece a ilegitimidade passiva faz coisa julgada (...). Na espécie, isso não impedirá, em tese, os agravados de ajuizar nova ação, para obtenção judicial da satisfação da pretensão de que se afirmam titulares, mas não contra o agravante. Irrecorrida a sentença que o considerou sem legitimidade para responder pelas diferenças de rendimentos, não é possível a reprodução da demanda. A matéria tomou-se indiscutível entre as mesmas partes, por força da imutabilidade que a sentença adquiriu. Diz-se que é possível a repropositura apenas porque não se terá decidido sobre o mérito da pretensão. Não se decidiu que os agravados não têm direito a reclamar a diferença de remuneração de sua poupança. Nesse sentido é que a extinção por ilegitimidade não abarca o conteúdo mesmo da pretensão de direito substancial, facultando novo ajuizamento. Apenas isso" (1ª TACSP, 12ª C., AI 622.458-2, Barretos, j. 16.3.1995).

Na oportunidade, declarei voto vencido, pois pareceu-me que, extinto o processo sem julgamento de mérito, inexiste coisa julgada material, sendo possível a propositura da mesma demanda, nos termos do art. 268 do CPC. Concluí que: "Ousei divergir da colenda Turma Julgadora, por entender que a extinção do processo sem julgamento de mérito, em decorrência da ilegitimidade *ad causam*, não produz coisa julgada material. Como consequência inarredável, está a possibilidade de repropositura da mesma ação, o que o sistema expressamente prevê (CPC, art. 268). Essa solução tem razão de ser, pois o pronunciamento

Se assim é, também a decisão interlocutória pela qual se rejeita a alegação de carência da ação torna-se imutável?

A resposta é não, inexistindo contradição entre esta conclusão e a sustentada em relação ao reconhecimento da carência. Ao afirmar que, à luz dos fatos expostos na inicial, estão presentes as condições

judicial a respeito das condições da ação é feito, em princípio, mediante cognição superficial da relação jurídica material. Por isso, não parece aconselhável atribuir-lhe eficácia fora daquela relação processual, com a consequência de a questão não ser mais passível de exame em outro processo: 'Daí a decisão que examina o mérito do processo ser irrecorrível e imutável após seu trânsito em julgado. O mesmo ocorre no que tange às condições de admissibilidade, cuja falta de implementação faz com que a máquina judiciária atue em vão, sem aplicação do direito objetivo, quase sempre de natureza material e não processual, no caso concreto, resultando daí a necessidade ou a possibilidade de reiteração da mesma ação em um novo processo, salvo as exceções legais (art. 267, V, do CPC), que são a preempção, a litispendência e a coisa julgada' (Donald Armelin, *Legitimidade no Direito Processual Civil Brasileiro*, RT, 1979, p. 46; no mesmo sentido Thereza Alvim, *Questões Prévia e os Limites Objetivos da Coisa Julgada*, RT, 1977, p. 95). Aliás, a solução do acórdão, com a devida vênia, atribui à sentença de carência a qualidade da imutabilidade absoluta, o que não se verifica nem mesmo com provimento de mérito. De fato. Afirma-se expressamente que a decisão não examinou o mérito, mas, não obstante, a ilegitimidade passiva está decidida de forma definitiva e não admite nova discussão. Verifica-se, dessa conclusão, que a parte não pode mais desconstituir a sentença de carência. Nem mesmo mediante ação rescisória, cabível apenas em relação a sentença de mérito (CPC, art. 485). Ora, se a decisão de mérito transita em julgado, proferida após cognição exauriente da relação substancial, pode ser revista por via da ação rescisória, por que tornar completamente imune a nova apreciação judicial a carência da ação? É preciso atentar para o sistema, sob pena de comprometer sua coerência. Ou se admite que as condições da ação constituem questões atinentes ao mérito da causa, sendo a decisão a respeito passível de coisa julgada material e impugnável mediante rescisória, ou se permite a repropositura da mesma ação. Por tais razões, respeitando o entendimento em sentido contrário, que conta com o apoio de grande parcela da doutrina processual, não vejo como impedir a repropositura da demanda, sem quebra da harmonia do sistema. Eventual risco de sucessivas repetições da mesma ação é pequeno e conta com óbices legais destinados a desestimular conduta dessa natureza (CPC, arts. 16-18 e 268, *fine*). Hoje parece-me acertada a solução adotada pela maioria, apenas com uma ressalva: para evitar o paradoxo apontado na declaração de voto, deve a sentença de carência tornar-se materialmente imutável e, por isso, sujeitar-se à ação rescisória. Entendimento contrário, considerando inadmissível a rescisória contra sentença de carência fundada em ilegitimidade de parte: STJ, 2ª S., AR 932-SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 13.12.2000, m.v., DJU 5.5.2003, p. 212.

da ação o juiz não extingue o processo, e essa decisão produz efeitos exclusivamente internos, regendo-se pelo disposto no art. 267, § 3º, do CPC. A situação é diversa daquela em que o processo é extinto por carência, visto que a sentença irá produzir efeitos no plano da relação material. Neste caso conclui-se de plano que o autor não é o suposto credor, que o pedido não é admissível no ordenamento jurídico, ou que inexiste crise a ser solucionada. A eficácia substancial dessa sentença deve tornar-se imutável, observados os limites da cognição. Eventual equívoco resolve-se segundo os princípios da sentença injusta. Isso não se dá na decisão interlocutória, em que o reconhecimento das condições da ação é essencialmente provisório e sua eficácia é endoprocessual. Nem teria sentido ser diferente. Basta imaginar a situação em que se afasta a alegação de impossibilidade jurídica. Estaria o juiz impedido de reconsiderar essa decisão? Claro que não, mesmo porque poderá julgar improcedente o pedido com fundamento na inexistência do direito, situação aferida mediante cognição exauriente, diversa daquela realizada anteriormente.<sup>174</sup>

#### 34. Rescisória: carência e falsa carência

Extinto o processo sem julgamento do mérito por ausência de uma das condições da ação, a sentença não seria passível de ação rescisória, visto que inexistente julgamento de mérito. É preciso muito cuidado, todavia, com as denominadas "falsas carências", ou seja, sentenças de mérito em que por equívoco afirma-se a ausência de uma das condições da ação. Má compreensão do fenômeno pode levar à extinção do processo, sob o fundamento de que a sentença rescindenda não examinou o mérito (CPC, art. 485, *caput*). Esse risco existe, evidentemente, apenas para os que ainda permanecem vinculados à tese de que sentença de carência não gera imutabilidade no plano material.

Várias vezes já se referiu a hipótese da ação condenatória proposta ao antigo proprietário do veículo envolvido em acidente de

174. Já se decidiu, com apoio em vários precedentes do STJ, que, afirmada a presença das condições da ação em sede recursal, verifica-se a preclusão, não sendo mais possível o reexame da matéria (Ap. 1.059.865-3, SP, TJSP, 22ª Câmara, Dir. Priv., rel. Des. Matheus Fontes, j. 7.3.2006, v.u.).

trânsito. Reconhecida a alienação anterior ao fato, deve o pedido ser rejeitado – ou seja, há julgamento de mérito. Em situação análoga, submetida a julgamento em sede de ação rescisória, o pedido não foi julgado porque a Turma Julgadora, sem perceber que a carência reconhecida na sentença rescindenda mascarava verdadeiro julgamento de mérito, considerou inadmissível a rescisão.

Tratava-se de demanda indenizatória em que o autor pleiteava o ressarcimento de danos contra empresa concessionária de transportes e seu funcionário, com fundamento em ato ilícito verificado em acidente de veículos. A co-ré, argumentando haverem os fatos ocorrido antes do início da concessão, pediu o reconhecimento da carência, por ilegitimidade de parte. A alegação foi aceita e ela afastada do processo, mediante decisão interlocutória. Descoberta, posteriormente, prova documental sobre a falsidade do fundamento de defesa, o autor propôs a rescisória, cujo processo foi extinto sem julgamento de mérito.

A decisão atacada, todavia, não contém julgamento de carência. Aliás, além desse erro, outro foi cometido. Afirmou-se ter havido extinção do processo em relação à co-ré. Esse fenômeno não existe. Na medida em que não há tantos processos quantos forem os litisconsortes, impossível a extinção em relação a um deles. Na realidade, a co-ré foi excluída da relação processual, por suposta ilegitimidade passiva – o que também não está correto, como se pretende demonstrar.

De fato, ao concluir, mediante exame do conjunto probatório, não ser a ré concessionária dos serviços de transporte à época dos fatos, o juiz afastou um dos fatos constitutivos do pedido. A suposta responsabilidade da ré decorria das afirmações feitas pelo autor na inicial, entre as quais a de que ela era a concessionária. Afastado esse fato integrante da causa de pedir, a pretensão deve ser rejeitada – ou seja, julgada improcedente. A sentença é, pois, de mérito.<sup>175</sup>

175. 1ª TACSP, 3ª C., AR 1.183.951-1, rel. Juiz Roque Mesquita, m.v., RT 831/277-282. O ilustre subscritor do voto vencido, Juiz Itamar Gaino, após tecer considerações sobre a possibilidade de rescisória mesmo inexistindo sentença de mérito, concluiu haver, no caso, verdadeiro julgamento da pretensão, que fica definitivamente afastada em relação àquele réu. O eminente Juiz Erbeta Filho, também integrante da Turma Julgadora, declarou voto vencido em que, embora reconhecendo haver coisa julgada na decisão sobre ilegitimidade de parte, concluiu ser inadmissível a rescisória ante os termos do art.

Embora a sentença de carência seja apta a adquirir certo grau de imutabilidade – pois julgamentos dessa natureza abordam aspectos inerentes ao plano do direito material –, não se pode dizer sejam eles aptos à solução da lide. Limitam-se a reconhecer que o pedido de tutela foi formulado por quem não podia fazê-lo, ou que os fatos narrados na inicial não indicam a existência de lide.

Como o âmbito da sentença de mérito é muito maior, pois mediante esse tipo de decisão efetivamente soluciona-se integralmente a lide – aquela apresentada ao juiz com a inicial –, seus efeitos no plano substancial são bem mais amplos. Daí decorre que a qualidade de imutabilidade, que atinge a sentença e também seus efeitos, será muito mais abrangente.

Admitida, todavia, a imutabilidade da sentença de carência, ainda que em grau mínimo, deve ser admitida a ação rescisória para desconstituí-la, sob pena de quebra da coerência do sistema: o autor, considerado parte ilegítima, não mais poderá propor a demanda após o trânsito em julgado, nem terá à disposição a via rescisória. Esta sentença seria mais imutável que a própria decisão de mérito – o que não parece razoável. Equiparar-se-ia à sentença aprovada pelo presidente da assembléia no antigo Direito Germânico: absolutamente inatacável, porque representava verdadeiro preceito de lei.<sup>176</sup>

### 35. Ausência das condições da ação e julgamento do mérito

A partir dessas premissas, outras conclusões são inexoráveis.

485 do CPC, que se refere a sentença de mérito. Estariam excluídas, portanto, aquelas proferidas com fundamento no art. 267. Reconheceu Sua Excelência ser possível a rescisória apenas se a sentença de carência contiver verdadeiro julgamento do mérito. Como pretendi demonstrar, no caso sob exame, isso ocorreu, configurando-se a denominada “falsa carência”. Mas, mesmo diante das verdadeiras carências, tendo em vista a imutabilidade delas decorrente, parece-me admissível a rescisória.

176. “Uma vez estabelecido, através do comando do presidente (*Richter*), que a proposta era conforme ao Direito, a sentença devia ter pleno vigor, e ninguém podia subtrair-se ao seu império com o aduzir a sua injustiça, como não teria podido subtrair-se ao império de uma norma da lei com o aduzir a sua ilegitimidade” (Roque Komatsu, *Da Invalidade no Processo Civil*, p. 55).

Da mesma forma que os pressupostos processuais, as condições da ação só serão corretamente compreendidas se determinada com bastante clareza e precisão a finalidade dessa categoria processual. Somente após identificarmos a razão de ser do instituto descobriremos sua verdadeira natureza e poderemos aplicar corretamente as regras que lhe dizem respeito.

O processo, não obstante informado por valores externos, é ramo do Direito em que sobressai a técnica. Não se pretende com esta afirmação abandonar compromisso anteriormente assumido com a defesa do caráter ético desse instrumento.<sup>177</sup> Necessário reconhecer, todavia, que o sistema processual nada mais é que a técnica estatal de solução de controvérsias. Técnica informada por valores políticos e sociais, não se nega. Mas técnica.

Sempre que no plano material verificar-se um litígio ou houver necessidade da solução coercitiva para determinada situação jurídica, ressalvada a possibilidade de as partes se valerem de meios alternativos, a via normal e mais procurada para obtenção desse resultado é a judicial. A tutela jurisdicional é exatamente a resposta estatal ao pedido de intervenção na relação substancial.

Esse resultado depende da iniciativa da parte, que deve provocar a jurisdição, e da observância de determinadas regras técnicas, necessárias à regulamentação da atividade dos que, a partir de então, estarão envolvidos nesse novo relacionamento, ao qual se denomina "processo". A relação que se estabelece entre quem pede, aquele a quem se pede e a pessoa cuja esfera jurídica poderá ser atingida ao final deve desenvolver-se segundo regras estabelecidas pelo legislador, visando a possibilitar que o resultado seja alcançado de forma adequada e eficaz.

Pois bem. No sistema processual brasileiro, entre os dispositivos reguladores desse procedimento estatal, alguns referem-se expressamente às condições da ação (arts. 267, VI, 295, II e III, e parágrafo único, III, e 301 X).

A ausência desses requisitos, segundo estabelece o Código, impede o exame do mérito. Isso significa dizer que o processo será extinto sem que a pretensão material deduzida na inicial seja concedida

177. Cf. Bedaque, *Direito e Processo* ..., 3ª ed., pp. 20 e ss.

ou negada. O juiz sequer a examinará – e, portanto, nada dirá sobre o direito do autor à tutela jurisdicional postulada.<sup>178</sup>

Para verificar se tais condições estão presentes, todavia, deve o julgador voltar-se para a relação substancial, pois nela estão os dados necessários à verificação da possibilidade jurídica, do interesse processual e da legitimidade. Tanto é que, tendo em vista a natureza da cognição realizada, muitos, como já visto, sustentam tratar-se de verdadeiro exame de mérito.<sup>179</sup>

O legislador pretende a observância dessa técnica: antes de verificar se o autor tem, ou não, o direito pretendido, se a pretensão deduzida é realmente amparada pelo direito material, deve o juiz verificar, à luz da relação descrita na inicial, se as condições da ação estão presentes.

Indaga-se: por quê? A resposta só pode ser uma: para evitar que o processo se desenvolva inutilmente, pois a ausência de possibilidade jurídica, interesse ou legitimidade revela que o direito pretendido é manifestamente inexistente.

Para alcançar esse escopo, quanto antes o exame das condições da ação for realizado, tanto melhor. Por isso, deseja-se seja ele feito logo no início do processo ou, no máximo, até a audiência de conciliação (CPC, arts. 295, 329 e 331). Jamais a relação processual deve caminhar para a fase instrutória sem que essa questão preliminar esteja definitivamente solucionada.<sup>180</sup> Trata-se de regras inspiradas fundamentalmente no princípio da economia processual.

Mas se, porventura, a técnica não for corretamente aplicada, o processo desenvolver-se até o encerramento da fase probatória e, ao final, verificar-se a ausência da condição da ação?

178. Como só existe interesse de agir se "o provimento jurisdicional postulado for capaz de efetivamente ser útil ao demandante, operando uma melhora em sua situação na vida comum – ou seja, quando for capaz de trazer-lhe uma verdadeira tutela, a tutela jurisdicional" (Dinamarco, *Instituições* ..., 5ª ed., vol. II, p. 303), ao considerá-lo ausente o juiz não dá resposta apta a regular a situação de direito material. Não defere nem nega o bem da vida pleiteado.

179. Cf. Bedaque, *Direito e Processo* ..., 3ª ed., pp. 102-103.

180. *Questão preliminar* é exatamente aquela de cuja solução depende a das questões de mérito. Já, as prejudiciais condicionam o teor ou conteúdo das decisões sobre outras questões (cf. Barbosa Moreira, "Questões prejudiciais e coisa julgada", in *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, vol. XLIV, pp. 88-91).

Embora já ventilada a questão em tópicos anteriores, necessário sistematizar o pensamento já exposto de forma incidental.

Parece haver casos em que, não obstante caracterizada a carência, a extinção do processo com pronunciamento de mérito afigura-se possível, pois o que se pretendia evitar já ocorreu: a realização de atividades desnecessárias. Como a instrução probatória acabou por propiciar cognição exauriente da relação material, melhor proporcionar às partes solução à crise verificada naquele plano do ordenamento jurídico, apta a regulá-la definitivamente. Quanto menos as crises processuais impedirem o resultado esperado do processo, tanto melhor.

Talvez seja lícito afirmar que se determinada norma processual visa a atender ao princípio da economia, como ocorre com as condições da ação, por exemplo, sempre que possível o julgamento de mérito, esta é a opção mais adequada, até porque atende de modo mais efetivo ao postulado da economia processual.<sup>181</sup>

Aliás, tal conclusão está informada também pelo princípio da economia, em sua projeção ultraprocessual, segundo a qual o desenvolvimento do processo de forma célere e com o mínimo de despesa (acepção técnica ou endoprocessual do princípio da economia) deve proporcionar a eliminação do litígio, impedindo a renovação da demanda – o que implicaria a repetição de atos já praticados.<sup>182</sup>

Passa-se, então, ao exame de situações em que a *relativização* da técnica se justifica, sendo aconselhável a substituição da carência pelo julgamento de mérito.

181. Esta seria uma regra geral do sistema: "Ove una regola processuale sia dettata esclusivamente per ragioni di economia processuale, di essa potrà e dovrà non tenersi conto ogni qualvolta la sua applicazione o utilizzazione finisca per produrre, nel caso concreto e quali che ne siano i motivi, una dilatazione e non già una contrazione dei tempi processuali" (Michele Fornaciari, *Presupposti Processuali e Giudizio di Merito* ..., pp. 35-36).

182. A concepção ultraprocessual é apresentada por Comoglio, invocando doutrina alemã: "Non si trascura, però, una possibile proiezione ultra-processuale del principio, laddove la realizzazione tecnica e di un risparmio di attività o di sforzi giudiziari (e, quindi, l'attuazione di un'economia di tempo e di spese) sia diretta ad evitare il promovimento di ulteriori inutili giudizi, mediante lo sfruttamento più razionale ed intensivo delle risorse di un giudizio già promosso" (*Il Principio di Economia Processuale*, p. 7; "Premesse ad uno studio sul principio di economia processuale", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 2/588).

### 36. Ausência de interesse processual e julgamento do mérito

Ao tratar do interesse processual na tutela declaratória sustentei a possibilidade, em determinadas situações, de julgamento de mérito mesmo se ausente essa condição.

Este raciocínio, todavia, não se limita ao âmbito das demandas meramente declaratórias. Tem alcance geral. A ausência de interesse processual, especialmente no que se refere à adequação, não deve, em princípio, levar à extinção sem julgamento do mérito se já concluída a fase instrutória. Por exemplo, inexistente vantagem prática em se reconhecer a carência em processo cognitivo já em condições de receber sentença de mérito embora o autor, munido de título executivo extrajudicial, tenha pleiteado tutela condenatória.

Com maior razão, não faz sentido anular processo de conhecimento, após proferida a sentença condenatória, por ser o autor possuidor de título extrajudicial.<sup>183</sup>

O interesse processual está ligado à idéia de a via processual somente ser utilizada quando realmente necessária, mediante a adoção de técnica adequada aos objetivos visados, sem desperdício de tempo e energia. É a concepção de *utilidade do processo*, informada pelo binômio necessidade/adequação.<sup>184</sup>

Em relação ao interesse processual esse entendimento é pacificamente aceito pela doutrina estrangeira, se o processo já possibilitar conclusão pela improcedência do pedido.<sup>185</sup>

No que se refere ao interesse/adequação o raciocínio pode ser adotado ainda que o julgamento de mérito seja favorável ao autor. Basta imaginar situações concretas: procedimento ordinário em lugar do sumário, ou tutela cognitiva pleiteada por quem tenha título executivo.

183. Cf. TJSP, 1ª C. de Direito Público, Ap. 199.772-5/9, Diadema, rel. Des. Roberto Bedaque, j. 11.2.2003, v.u.

184. Cf. Cândido Dinamarco, *Execução Civil*, 8ª ed., pp. 410 e ss.; v. também Comoglio, *Il Principio* ..., vol. I, pp. 34-35, e "Premesse ad uno studio ...", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 2/609.

185. Cf. Miguel Teixeira de Souza, "Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais (algumas reflexões sobre o dogma da apreciação prévia dos pressupostos processuais na ação declarativa)", *RePro* 63/67.

A propósito da primeira hipótese, reproduz-se argumento adotado no julgamento de caso concreto, visto que adequado ao esclarecimento da questão:

“Dúvida não há de que os processos envolvendo representação comercial devem desenvolver-se pelo procedimento sumário (Lei n. 4.886/1965, art. 39).

“Em princípio, inadmissível a escolha de outro pelo autor, pois a opção legislativa atende a razões de ordem pública. Interessa ao sistema o encerramento mais rápido de determinados processos, motivo pelo qual concentram-se os atos procedimentais. Esta é a *ratio* do procedimento sumário.

“Observe-se que a atividade cognitiva do juiz e a investigação probatória são idênticas nas várias espécies de procedimento existentes para o processo de conhecimento (comum e especiais). Nas duas modalidades de procedimento comum (ordinário e sumário), a especificidade reside tão-somente na concentração maior de atos verificada no último.

“Não se pode olvidar, todavia, que a variação procedimental se resume a um problema de forma. O tipo de rito está ligado ao modo do procedimento (Cintra, Grinover e Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, Malheiros, 13ª ed., pp. 324 e 333).

“A rejeição da inicial ou a conversão para o rito adequado, a esta altura, pouca diferença faria. Qualquer uma dessas alternativas não permitiria alcançar o escopo do legislador. Há mais de um mês realizou-se a audiência de conciliação, designando-se perícia. O laudo já deve estar concluído, sendo a audiência de instrução e julgamento o próximo passo. Determinam os princípios da economia processual e da conservação dos atos seja mantido o procedimento inicialmente adotado, pois, além de não demonstrado prejuízo concreto, a partir de agora o modo de ser é praticamente idêntico em ambos os ritos comuns.

“De mais a mais, a conversibilidade procedimental é regra expressa (CPC, art. 277, §§ 4º e 5º), revelando-se conveniente sua aplicação ao caso concreto, em razão da necessidade de prova técnica complexa.”<sup>186</sup>

186. 1º TACSP, 12ª C., AI 980.794-9, São Paulo, j. 28.11.2000, v.u. Pelas mesmas razões, o eminente Des. Campos Mello admitiu demanda versando

Na hipótese do possuidor de título executivo, há até mesmo entendimento doutrinário e jurisprudencial considerando admissível sempre a tutela condenatória, visto que possibilita ao réu o exercício do direito de defesa com maior amplitude.<sup>187</sup>

Afirma-se que, ao contrário da sentença condenatória, o título executivo extrajudicial não impede a discussão acerca da relação de direito material, pois inexistente coisa julgada. Tanto é que o executado pode propor ação incidental de embargos, com essa finalidade. A inversão da ordem lógica feita pelo legislador – executar para depois, e eventualmente, conhecer – não afastaria a possibilidade de o benefi-

sobre nulidade de cláusulas contratuais como ação anulatória de acordo homologado judicialmente, com fundamento no art. 486 do CPC (TJSP, 22ª C. de Direito Privado, Ap. 1.231.962-3, j. 17.1.2006, m.v.).

187. Cf. Aldo Attardi, *Diritto Processuale Civile*, vol. I, p. 79. O STJ já decidiu que: “O detentor de título executivo extrajudicial tem interesse para cobrá-lo pela via ordinária, o que enseja até situação menos gravosa para o devedor, pois dispensada a penhora, além de sua defesa poder ser exercida com maior amplitude” (4ª T., REsp 532.377-RJ, rel. Min. César Asfor Rocha, j. 21.8.2003, RT 820/228). Mesmo quem não aceita a generalização conferida à tese, pois não se pode desconsiderar o interesse público consistente na dispensa da tutela cognitiva, não hesitaria em concordar com a solução dada ao caso concreto. A via executiva foi substituída por demanda condenatória, tendo a ré apresentado defesa em que negou a certeza, liquidez e exigibilidade do crédito, matérias examinadas em primeiro grau. Ora, a anulação do processo a essa altura implicaria a perda de toda a atividade até então desenvolvida, com a agravante de, proposta a execução, o devedor poder renová-la em sede de embargos. A execução fundada em título extrajudicial torna eventual a cognição, que só ocorre se o executado embarga. O interesse público é representado pela possível economia processual. Mas, se esse objetivo já se frustrou, pois o que o legislador pretendia evitar ocorreu, não há mais razão para insistir na técnica processual correta, cuja adoção neste momento geraria maiores danos. No corpo do acórdão em questão citam-se mais dois julgados em que a tese foi acolhida (REsp 210.030, rel. Min. Nilson Naves, DJU 4.9.2000; REsp 207.173, rel. Min. Ari Pargendler, DJU 5.8.2002). Assim, condenável é tão-somente a amplitude conferida à tese, pois se o legislador reconhece determinado documento como título executivo é porque ele quis tornar eventual a atividade cognitiva, que só ocorrerá se forem opostos embargos. Trata-se de interesse público ligado à celeridade do processo. No caso examinado, todavia, a anulação traria como consequência a perda de toda essa atividade, a propositura de demanda executiva e, muito provavelmente, embargos, onde a discussão seria renovada. Isso vai de encontro à economia processual, princípio que está à base da teoria do título executivo extrajudicial. Em outras palavras, a atividade cognitiva, que o legislador pretendia fosse eventual, já ocorreu. Não há mais razão para observância da técnica processual.



ciário optar pela atividade cognitiva antes da executiva, mesmo porque a dicotomia cognição/execução vem perdendo sentido em razão das novas técnicas de efetivação da tutela condenatória.

Esta conclusão, todavia, desconsidera o interesse público, consubstanciado na via jurisdicional mais adequada à solução da controvérsia. Trata-se de problema cuja solução deve ser buscada no princípio da economia processual. O interesse na entrega mais rápida e com menos dispêndio de energia deve sobrepor-se à vontade da parte, que nenhuma vantagem extrai da opção pela via menos célere.

Para preservar esse interesse público, é o juiz dotado de poderes destinados a evitar o prosseguimento de processo inadequado, visto que o sistema oferece ao interessado mecanismos mais eficientes à eliminação da crise. Eficiência, esta, que não pode ser analisada apenas do ponto de vista do autor. Ao contrário, deve prevalecer o interesse público.<sup>188</sup>

Se o legislador dispensa a tutela cognitiva em determinadas situações é porque, em seu entender, ela é desnecessária. O alto grau

188. Ao estabelecer paralelo entre o fenômeno econômico-político e o processual, Comoglio sintetizou com muita precisão essa idéia. O denominado "princípio do *laissez faire*" implica ampliação do controle do processo pelas partes, limitando sobremaneira a autoridade do Estado. Elas passam a assumir o controle do processo, e a economia é vista como meio para atingir seus próprios objetivos, sendo mínima a possibilidade de intervenção do juiz. Esta visão do fenômeno processual foi sendo gradualmente alterada, pois se percebeu a necessidade de conferir "una regolamentazione più razionale ed economica dell'attività giudiziaria, per prevenire gli abusi di parte e salvaguardare il buon funzionamento della Giustizia" (Comoglio, *Il Principio ...*, vol. I, p. 9; "Premesse ad uno studio ...", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 2/589). Noticia ainda o autor a preocupação da doutrina alemã, a partir da entrada em vigor da ZPO, com o aspecto público do processo, de que decorre naturalmente a incidência do princípio da economia, mediante eliminação de formas supérfluas e prevenção de processos inúteis. Dentre os aspectos da questão, destacava-se exatamente a ausência do interesse de agir por parte do possuidor de título executivo. Essa condição da ação, como já afirmado, indica a idoneidade da tutela em face da situação a ser solucionada em sede jurisdicional. Indica se o recurso à via judicial é realmente "l'estrema ratio, ossia, il mezzo necessario ed infungibile per ottenere giustizia. Ma servirebbe pure a contenere il rischio della moltiplicazione dei processi, ogni qual volta abbia a profilarsi l'esperibilità di due diverse azioni (ad esempio, di condanna o di mero accertamento), di cui l'una possa comprendere ed assorbire l'altra" (Comoglio, "Premesse ad uno studio ...", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 2/608-610).

de probabilidade da existência do direito torna dispensável a prévia cognição, sendo admissível a sujeição imediata do suposto devedor às medidas executivas. Somente se ele pleitear abrir-se-á oportunidade para o juízo cognitivo, destinado a desconstituir o título ou a declarar inexistente a obrigação. Em um primeiro momento ela não apresenta utilidade prática, pois o legislador considera legítima a sujeição do devedor.<sup>189</sup>

De qualquer modo, a orientação está fundada na premissa principal desta investigação: sempre que possível, e desde que não haja dano a valores mais relevantes, opta-se pela preservação e aproveitamento máximo do processo.

189. Cf. Cândido Dinamarco, *Execução Civil*, 8ª ed., pp. 429-430. A posição contrária é defendida por Humberto Theodoro Júnior, amparada por relevantes argumentos doutrinários e também lógicos. Pondera o professor que o interesse na propositura de qualquer ação reside na necessidade da tutela jurisdicional para evitar dano jurídico. Se houver litígios entre os integrantes da relação material, a existência do título executivo não retira a possibilidade de eliminá-lo mediante o processo de conhecimento: "A submissão do litigante aos enérgicos, mas estreitos, caminhos da execução forçada nem sempre corresponde a uma economia processual. Se há pendências não acertadas entre devedor e credor, e se a eventual solução dessas pendências pode inviabilizar a solução da pretensão executiva, claro é que o credor correrá o risco de protelar a satisfação de seu direito subjetivo e até mesmo inviabilizá-lo, em alguns casos, se se aventurar pelas vias da execução forçada. É uma questão de lógica e bom senso: diante das controvérsias e incertezas reinantes no âmbito do relacionamento subjacente ao título executivo, a atitude correta e prudente é, sem dúvida, a de primeiro tentar o acerto pelo processo de conhecimento, para depois intentar a execução forçada, já então sob o pálio da indiscutibilidade da sentença trãnsita em julgado" (Humberto Theodoro Júnior, "Tutela diferenciada: opção do credor entre a ação executiva e a ação ordinária de cobrança", *Revista Dialética de Direito Processual* 4/90). Não obstante os sólidos fundamentos apresentados pelo processualista mineiro, pondera-se que eventual litígio sobre a relação de direito material poderá ser deduzido pelo executado em sede de embargos, processo em que a cognição será idêntica àquela verificada na demanda condenatória promovida pelo beneficiário do título executivo. Só que a opção preferida pelo legislador, ao inverter a ordem lógica das atividades jurisdicionais, torna a cognição meramente eventual, pois transfere ao executado o ônus de provocá-la. Se ele se omitir, subsistirá apenas a execução. Não parece possa o suposto credor abrir mão desta vantagem, que não é apenas dele, mas interessa ao próprio sistema, pois torna possivelmente desnecessária uma das atividades da jurisdição — a cognitiva. Com esta inversão, pretendeu o legislador conferir maior celeridade à solução das crises de adimplemento.

A sistematização dessa categoria processual deve ser feita de modo a contribuir coerentemente com o princípio da economia. Haverá coerência funcional se a falta de interesse não impedir a improcedência de uma demanda manifestamente infundada. Este resultado é evidentemente mais útil ao sistema e atende ao princípio da economia em sua dimensão externa. Ora, não é admissível que expediente técnico-processual informado pela economia acabe impedindo a produção de efeitos que revelem maior efetividade do próprio princípio, pois mais condizentes com os objetivos do processo.<sup>190</sup>

Nessa mesma linha, ainda em sede de execução, mas agora sem qualquer afronta ao interesse público representado pela celeridade do processo, tem-se admitido como título hábil à obtenção desta modalidade de tutela acordo judicial não homologado. O ato tem natureza de título executivo extrajudicial e não há prejuízo para o devedor, pelo simples fato de a execução não dar origem a novos autos. Pode a demanda ser proposta nos mesmos autos do processo cognitivo, desde que sejam admitidos embargos com a amplitude conferida pelo art. 745 do CPC. Com essa providência preservam-se todos os atos satisfativos até então praticados, sem causar qualquer dano ao executado.<sup>191</sup>

Com a introdução do processo monitorio no sistema processual brasileiro, algumas questões relacionadas à adequação dessa via passaram a atormentar todos os que buscam extrair do processo resultados úteis.<sup>192</sup> Discute-se muito a respeito da configuração do título

190. Cf. Comoglio, "Il principio di economia processuale ...", *Rivista di Diritto Processuale* 4-XXXVII/677.

191. Cf. STJ, 5ª T., REsp 363.006-RJ, rel. Min. Félix Fischer, j. 26.2.2002, DJU 18.3.2002.

192. Também por isso, suspeita-se da apregoada eficiência da tutela monitoria e sua suposta superioridade sobre a condenatória. Não realizado o pagamento espontâneo logo após o recebimento do mandado monitorio, todas as demais hipóteses possíveis acabam por tornar ambos os processos substancialmente iguais (não-oposição de embargos e revelia, oposição de embargos e contestação). Como não se crê que o cumprimento voluntário ocorra com maior frequência no processo monitorio – principal argumento dos defensores do instituto –, é bem provável que mais uma vez a esperança tenha vencido a experiência. Sempre que o tema é abordado em aulas ou palestras, indaga-se dos abnegados ouvintes sobre o índice de adimplemento nos processos monitorios. As respostas não são nada animadoras.

monitorio e do cabimento dessa modalidade de tutela contra a Fazenda Pública. Em ambos os casos a polêmica torna-se completamente irrelevante se o réu opuser embargos ao mandado, pois transforma o procedimento especial em ordinário, resgatando a atividade cognitiva ampla do juiz. Ora, a partir daí o instrumento servirá para verificação da existência da crise de adimplemento e culminará com tutela cognitiva apta a proporcionar a prática de atos materiais destinados a efetivá-la. Outra coisa não é senão tutela condenatória, seja lá qual for o nome atribuído a esse fenômeno.<sup>193</sup>

Em situação concreta, ambos os problemas surgiram concomitantemente. Reproduzem-se os argumentos adotados para afastar a carência:

"Ainda que aceitas as objeções quanto à formação do título executivo contra a Fazenda Pública, se não opostos os embargos (cf. Eduardo Talamini, *Tutela Monitoria*, RT, 2ª ed., pp. 179-182) ou as demais razões que tornariam inadmissível a medida (José Rogério Cruz e Tucci, *Ação Monitoria*, RT, 3ª ed., pp. 74-78; Antônio Carlos Marcatto, *O Processo Monitorio*, Malheiros, 1ª ed., pp. 65-69), o problema aqui não existe, visto que a defesa foi devidamente apresentada, inclusive com a dedução de fato extintivo do direito, isto é, pagamento.

"Em síntese, o pedido de tutela monitoria foi devidamente embargado, transformando-se em procedimento ordinário.

"Não obstante a preferência pela corrente doutrinária favorável à tutela monitoria contra a Fazenda (cf. Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III, Malheiros, 1ª ed., p. 745), que pode figurar como devedora até mesmo em título executivo extrajudicial (cf. Humberto Theodoro Júnior, *Curso de Direito Processual Civil*, vol. II, Forense, 16ª ed., p. 261; Pedro dos Santos Barcelos, *Execução contra a Fazenda Pública baseada em título*

193. A questão tem surgido com muita frequência nos tribunais e vem recebendo solução adequada: "No tocante à inadequação da via monitoria, é certo que, opostos embargos, adotar-se-á o procedimento ordinário. Nada justifica que, em nome de um purismo técnico-processual, ou apenas do nome dado a uma ação, tenha a parte de propor novamente a ação, que a esta altura já está madura" (TJSP, 1ª C. de Direito Público, Ap. 154.658-5/0-00, rel. Des. Searance Fernandes).

executivo extrajudicial', RT 669/57; nesse sentido: AI n. 213.151-SP, STJ, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 27.3.2000, in DJU 6.4.2000, p. 201; REsp n. 193.896-RJ, STJ, rel. Min. Milton Luiz Pereira, in DJU 3.2.2000; v. também Ap. n. 822.631-5, Itapeva, 1º TACSP, 12ª C., j. 22.5.2001, v.u.), a discussão torna-se absolutamente inócua porque oferecidos embargos ao mandado, com defesa de mérito.

"Eventuais vícios dos atos até então praticados, visto que inadequada ou inadmissível a via processual escolhida pelo apelante, devem ser desconsiderados, porque irrelevantes. O direito de defesa foi devidamente exercido e a relação processual se desenvolverá segundo as regras do procedimento ordinário (art. 1.102.c, § 2º). Não teria sentido nem atenderia à regra da instrumentalidade das formas impor ao apelante nova propositura da ação, a fim de que sejam renovados os mesmos atos, a fim de que o processo chegue exatamente ao estado em que ora se encontra, ou seja, término da fase postulatória. Como nenhum prejuízo existe, quer para as partes, quer para a própria atividade jurisdicional, melhor aproveitar o que já foi feito (cf. CPC, arts. 244, 249, § 1º, e 250, parágrafo único).

"Com relação à falta de prova documental adequada à via monitoria, o raciocínio é idêntico. Com o oferecimento dos embargos, deixa de existir a tutela diferenciada, passando o processo a desenvolver-se pelo procedimento ordinário, ao cabo do qual, se comprovado o direito afirmado na inicial, será proferida sentença condenatória, como se esta tivesse sido a tutela inicialmente pleiteada.

"Melhor explicando. Apresentados embargos ao mandado, o processo monitorio transforma-se em cognitivo pleno, possibilitando o exame completo da controvérsia, no plano material e processual (CPC, art. 1.102.c e § 2º).

"Nessa linha, os embargos podem versar toda e qualquer matéria que o embargante apresentaria como defesa, no processo de conhecimento.

"Daí ser absolutamente irrelevante, a esta altura, discussão sobre o cabimento da monitoria contra o Estado e a existência de prova apta a ensejar esse tipo de tutela.

"Ainda que se concluísse pela inadequação da tutela monitoria pleiteada inicialmente, a transformação operada com os embargos

tornou inócua eventual equívoco. A amplitude dos embargos ao mandado permite ao réu-embargante deduzir toda modalidade de defesa, ou seja, trata-se de processo em que se obtém tutela cognitiva e exauriente (cf. Cândido Rangel Dinamarco, *A Reforma do Código de Processo Civil*, Malheiros Editores, 3ª ed., p. 243; José Rogério Cruz e Tucci, *Ação Monitoria*, RT, 2ª ed., p. 90; Antônio Carlos Marcato, *O Processo Monitorio Brasileiro*, Malheiros Editores, 1998, p. 95; Eduardo Talamini, *Tutela Monitoria*, RT, 1998, p. 127).

"Permanece inalterada, ainda, a posição processual do embargante, no que se refere às regras de distribuição do ônus da prova. Ele poderia simplesmente negar o fato constitutivo do direito do autor ou deduzir fatos impeditivos, modificativos ou extintivos (CPC, art. 333, I e II). No primeiro caso, o juiz verificaria se a verossimilhança decorrente da prova escrita é suficiente ou não para definir a controvérsia a favor do autor. Nada obsta a que, ante os argumentos trazidos nos embargos, o Julgador afaste a presunção favorável a ele e rejeite o pedido de tutela monitoria. Se o embargante deduzir fatos que, em sede de contestação, configurariam defesa indireta de mérito, terá de prová-los, tal como faria no processo de conhecimento, ante o disposto no art. 333, II, do CPC (cf. Dinamarco, ob. cit., pp. 244-245; Marcato, ob. cit., pp. 96-100; Talamini, ob. cit., pp. 128-129).

"Inexistente, pois, qualquer prejuízo ao apelante. Não obstante o vício de forma, os atos processuais atingiram sua finalidade, não havendo razão para anulá-los (CPC, arts. 244, 249, § 1º, e 250, parágrafo único).

"A questão da admissibilidade da tutela monitoria está, pois superada (cf., neste sentido, Ap. n. 812.400-7, Penápolis, 1º TACSP, 12ª C., j. 24.10.2000, v.u.; Ap. n. 798.446-9, São Paulo, 1º TACSP, 12ª C., j. 14.3.2000, v.u.)."<sup>194</sup>

194. TJSP, 1ª C. de Direito Público, Ap. 119.789-5/0, Itaipava/Avaré, j. 8.10.2002, v.u. Decidiu-se no mesmo sentido em outras oportunidades (TJSP, 1ª C. de Direito Público, Ap. 235.500-5/0, Ibaté/São Carlos, j. 7.10.2003, v.u.; TJSP, 1ª C. de Direito Público, Ap. 213.634-5/0, Dois Córregos, j. 19.8.2003; TJSP, 1ª C. de Direito Público, Ap. 214.570-5/4, Olímpia, j. 12.8.2003; 1º TACSP, 12ª C., Ap. 812.400-7, Penápolis, j. 24.10.2000, v.u.; 1º TACSP, 12ª C., Ap. 798.446-9, São Paulo, j. 14.3.2000, v.u.). Mais recentemente examinou-se controvérsia análoga, em que se discutia se os documentos juntados pelo autor atendiam à exigência do art. 1.102.a. A conclusão foi idêntica, pois a oposição

Se adotado procedimento ordinário para demandas em que expressamente previsto o sumário (CPC, art. 275), deve o juiz determinar a emenda da inicial, para adaptá-la ao modelo legal (CPC, arts. 283 e 295, V). Omissis o autor, a petição será indeferida, pois as regras a respeito do rito são cogentes. Visam a atender ao interesse público, visto que o legislador considera aquele procedimento o mais adequado para a situação.

Mas se o vício não for detectado no início, e o processo desenvolver-se, indaga-se qual a vantagem em anular todos os atos já praticados, tão-somente para adequação do procedimento. As garantias do contraditório e da ampla defesa são asseguradas em ambos. Inexiste diferença quanto à atividade cognitiva do juiz. Eventual desperdício de tempo já se verificou, e a anulação do processo só irá agravá-la. Diante deste quadro, e considerando principalmente o princípio da economia, incidem as regras relativizadoras das nulidades – no caso, os arts. 249, § 2º, e 250 e parágrafo único do CPC.

Afinal de contas, esse princípio compreende fundamentalmente duas idéias: máximo de resultados, com o mínimo de esforços. Para tanto, cumpre ao juiz adequar a técnica às especificidades da situação, suprimindo formalidades que se revelem desnecessárias – com o quê conseguirá reduzir não só o tempo do processo, como também seu custo.<sup>195</sup>

O interesse público tutelado pelas regras sobre procedimento está relacionado à economia processual. Em tese, demandas menos complexas sujeitam-se a procedimento mais célere e menos oneroso. O escopo do legislador é proporcionar o melhor resultado com o menor custo.

de embargos e a submissão ao contraditório de toda a matéria de mérito tornaram irrelevante eventual inadequação da tutela monitoria (TJSP, 1ª C. de Direito Público, Ap. 239.628-5/2, Casa Branca, j. 16.12.2003).

195. Cf. Cassio Scarpinella Bueno, *Partes e Terceiros no Processo Civil Brasileiro*, pp. 18 e ss. Tal como Barbosa Moreira, entende-se a expressão em sentido bem amplo, “como conjunto de técnicas ordenadas a permitir que o processo produza o melhor resultado com o menor esforço, ou, em outras palavras, atinja o máximo de rendimento com o mínimo de custo. A persecução de semelhante meta postula a ‘racionalização do trabalho’, o que quer dizer criação de condições para que as indispensáveis se realizem no mais alto nível de eficiência que se possa alcançar” (“Saneamento do processo e audiência preliminar”, in *Temas de Direito Processual: Quarta Série*, p. 133).

Pois bem. Se a adoção do procedimento ordinário em lugar do sumário viola esse interesse, a anulação do processo já em fase adiantada só aumenta o dano já causado pelo equívoco. O que mais importa – e, sem dúvida, este é o interesse mais relevante – é que o processo signifique meio seguro de solução de controvérsias, permitindo a ampla participação dos interessados no resultado. Quanto a esse aspecto não há diferença entre os dois modelos do procedimento comum.<sup>196</sup>

Quanto ao interesse/necessidade da tutela jurisdicional, também parece possível superar sua ausência em determinadas situações. Se a falta de condição for detectada apenas no final, quando já formado juízo de rejeição do pedido, deve ser desconsiderada a falha processual e decretada a improcedência.

Pense-se na hipótese em que, após a instrução, embora haja elementos suficientes para o reconhecimento da inexistência do direito afirmado na inicial, verifica-se que ele é ainda inexigível. Não deve ser o processo extinto sem exame do mérito – ou, para quem entende ser a inexigibilidade também julgamento de mérito, limitar-se à declaração desse aspecto da relação substancial – se já existe a possibilidade de eliminação total e definitiva da crise de direito material. O reconhecimento da carência, nesse caso, somente seria útil se verificado no início do processo, pois evitaria a prática de atos possivelmente desnecessários. Mas, se essa consequência danosa já se consumou, melhor extrair da atividade desenvolvida pelo Estado o resultado mais útil possível.

196. Danilo Costalunga refere-se a dois julgados relatados por Galeno Lacerda em que o ilustre jurista gaúcho adotou esse entendimento, alterando em parte posição anteriormente defendida. Vale a pena transcrever pequeno trecho do acórdão mencionado: “(...) os valores ou os interesses no mundo do Direito não pairam isolados no universo das abstrações; antes, atuam, no dinamismo e na dialética real, em permanente conflito com outros valores e interesses. Certa, sem dúvida, a presença do interesse público na determinação do rito do processo. Mas, acima dele, ergue-se outro interesse público de maior relevância: o de que o processo sirva, como instrumento, à justiça humana e concreta, a que se reduz, na verdade, sua única e fundamental razão de ser. Essa natureza de meio a serviço de um interesse público mais alto possui o necessário e indispensável condão de relativizar a maior parte das normas imperativas processuais e, por conseguinte, as nulidades resultantes de sua infração” (“A teoria das nulidades e o sobredireito processual”, *RF* 344/10).

Fenômeno idêntico ocorre nas hipóteses em que a questão é só de direito e, já podendo o juiz fixar a tese de direito material, extingue o processo sem julgamento de mérito por ausência de interesse/adequação. Tal se dá com certa freqüência em mandado de segurança.<sup>197</sup>

Embora não se trate de questão envolvendo interesse processual, pode ser aplicado o mesmo raciocínio a hipótese em que, verificada a litispendência, não ocorre a extinção, no momento oportuno, do processo iniciado posteriormente. Tendo o autor desistido da primeira demanda, não tem o menor sentido pretender seja extinto o segundo processo com fundamento na litispendência, que não mais existe. O impedimento, não reconhecido oportunamente, deixou de existir.<sup>198</sup>

### 37. Interesse processual e execução sem título

Sabe-se que o título executivo tem a função de conferir adequação à tutela satisfativa. Sem ele, inadmissível a atividade destinada à realização prática do direito obrigacional. Entre os meios previstos para eliminação concreta da crise de adimplemento está a *execução*, que compreende a prática de atos materiais, quase sempre sub-roga-

197. Em sede de apelação examinou-se sentença proferida em mandado de segurança, reconhecendo o MM. Juiz a inexistência de documentos aptos a demonstrar o direito líquido e certo, além da inaplicabilidade das regras invocadas. Não se atentou, todavia, para a não-observância do prazo de 120 dias previsto no art. 18 da Lei 1.533, de 31.12.1951. Apesar de reconhecer esse fato, que determinava a extinção do processo sem julgamento de mérito, por ausência de interesse/adequação, entendeu-se conveniente proferir julgamento sobre a controvérsia, tendo em vista os elementos existentes nos autos. Reconheceu-se a suficiência do conjunto probatório, mas denegou-se a ordem por ausência do direito postulado. Na parte que interessa, ficou consignado ser conveniente o exame dos fundamentos de mérito, para conferir definitividade à tutela jurisdicional: "O reconhecimento da carência, por inadequação da via, possibilitaria fosse o pedido novamente formulado. A extinção do processo sem julgamento do mérito somente seria útil se verificada logo no início, evitando o desenvolvimento do processo" (TJSP, 1ª C. de Direito Público, Ap. 140.804-5/0, Araçatuba, j. 28.5.2002, v.u.).

198. Embora pareça absurda, a alegação existiu e foi repelida em sede recursal (cf. TJSP, 1ª C. de Direito Público, Ap. 185.995-5/9, rel. Des. Scarance Fernandes, j. 24.8.2004, v.u.).

tórios, com o fim de obter o efeito prático previsto na norma material, que a falta de cooperação do obrigado impediu fosse alcançado espontaneamente. Assim, uma das técnicas para eliminar a crise de adimplemento é a execução, concebida como processo autônomo ou mera fase subsequente à sentença condenatória.

Essencial à adequação da tutela executiva – sem o quê deve o autor ser considerado carecedor dela, por falta de interesse processual – é o título executivo.<sup>199</sup>

Consideradas as premissas estabelecidas e os objetivos pretendidos neste estudo, merece ser examinada com mais profundidade a situação representada por pedido de tutela executiva formulado por quem não possui título.

Se verificada a carência no início, deve o juiz indeferir a inicial. Antes, todavia, necessário observar o disposto no art. 284 do CPC, intimando-se o autor para emendar a inicial, adequando o pedido de tutela jurisdicional aos fatos descritos na inicial. Embora ausente uma das condições da ação, a falha é sanável, pois se trata de mera ausência de correspondência entre a tutela pleiteada e a situação de direito material. Esta inadequação configura questão exclusivamente processual, passível de eliminação, com aproveitamento do mesmo instrumento.<sup>200</sup>

Pode ocorrer, todavia, que o réu, citado, oponha embargos ou outra forma de resistência eventualmente admitida pelo legislador, arguindo todas as defesas pertinentes à relação material. Após decor-

199. Cf.: Cândido Dinamarco, *Execução Civil*, 8ª ed., pp. 483 e ss.; Sérgio Shimura, *Título Executivo*, 2ª ed., pp. 139 e ss.

200. Esta conclusão revela-se inadmissível para quem aceita a idéia de pretensão de direito material. Com fundamento nessa premissa, Fábio Gomes critica julgado do STF em que se admitiu a conversão do processo de execução em cognitivo, pois a pretensão executiva cambial é de direito material e diz respeito à relação jurídica substancial (cf. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 3, p. 60). No caso, admitiu-se fosse a conversão determinada de ofício – solução que não pode ser descartada, desde que a inicial preencha os requisitos relativos ao processo de conhecimento. Não há óbice a esta conversão para quem considera o pedido de tutela jurisdicional fenômeno processual, embora conexo com a situação substancial. Eventual não-correspondência entre os fatos e a tutela adequada pode ser sanada, segundo os princípios processuais da instrumentalidade das formas e da ausência de prejuízo. Se o autor insistir na tutela executiva, poderá recorrer da decisão ou desistir daquela ação.

rido longo tempo, com instrução probatória complexa, os embargos vêm a ser rejeitados e a execução retoma seu curso normal. Só então o executado vem alegar ausência de título executivo.

Ora, já existente juízo de mérito sobre a existência e exigibilidade do direito, seria puro formalismo exigir-se sentença condenatória para possibilitar a execução. Parece que, nesse caso, impor ao credor a propositura de ação cognitiva não condiz com a instrumentalidade do processo. Tudo o que o réu poderia alegar quanto à relação de direito material já foi deduzido nos embargos. Verificadas a certeza e a exigibilidade do crédito, admissível a tutela executiva.<sup>201</sup>

Nessa mesma linha de raciocínio, se o embargante suscita carência da ação de execução por falta de título e o juiz relega o exame da matéria para o final, possivelmente a preliminar acabe superada pela conclusão sobre o próprio direito material. Produzidas as provas, se já houver elementos para decidir sobre a defesa de mérito deduzida nos embargos, não há mais razão para ser reconhecida a ausência de interesse/adequação. Se demonstrada a inexistência do crédito, os embargos devem ser acolhidos por esse fundamento, o que impede seja a mesma pretensão deduzida em outro processo. Trata-se de solução definitiva para a crise de direito material, preferível por atender ao princípio da economia processual, sem acarretar prejuízo ao contraditório e à ampla defesa. O estrito respeito à técnica processual, nesse caso, seria prejudicial ao sistema.

Caso o conjunto probatório revele ser o embargado credor do embargante, também não parece razoável o reconhecimento da carência da execução, mesmo que inexistente o título extrajudicial, o que obrigará o credor a pleitear outra tutela jurisdicional, de natureza condenatória, em cujo processo será novamente discutida toda a matéria concernente à existência do direito. Mais útil para o sistema será a rejeição dos embargos pelo mérito, prosseguindo-se a execução. A ausência de título extrajudicial, a essa altura, não mais pode impedir a tutela executiva, pois a cognição plena realizou-se no processo de embargos.

201. Verifica-se, pois, não ser possível afirmar, em caráter genérico, a ocorrência de nulidade absoluta e insanável pela ausência de título executivo. Contra esta conclusão, cf. Leonardo Greco, "As invalidades processuais e a execução", *Revista de Ciências Sociais* 2-5/21.

Com relação a esta última solução existe o óbice da falta de título, judicial ou extrajudicial, para justificar a execução. A sentença de rejeição dos embargos, ainda que contenha o reconhecimento do débito, não tem natureza condenatória. Equipara-se à tutela declaratória concedida ao titular de direito já violado (CPC, art. 4º, parágrafo único).

Como justificar a execução sem título? Seria o mesmo que conferir executividade à sentença declaratória de existência da relação de direito material.

A situação não se subsume a qualquer das hipóteses do art. 584 do CPC e não existe título extrajudicial. Como adequar a solução proposta ao sistema de direito positivo? Tentar-se-á encontrar subsídio para ela.

O pedido de tutela declaratória, deduzido nas situações previstas no art. 4º, parágrafo único, só é admissível em razão da expressa previsão legal. Não houvesse a regra, seria o autor carecedor da ação, por falta de interesse/adequação. De fato. Se já se verificou o inadimplemento da obrigação, adequada a tutela condenatória, não a meramente declaratória.

Segundo a linha de pensamento desenvolvida neste estudo, a carência da ação nem sempre impede o exame do mérito, especialmente se a condição faltante for o interesse processual.

Pois bem. Como visto, se a previsão legal ora examinada não existisse, o processo seria extinto sem julgamento do mérito, por ausência de interesse/adequação: a tutela correta seria a condenatória, visto que afirmada crise de adimplemento, não apenas de certeza. Ao menos é o que se afirma na doutrina.

Duas ponderações se fazem necessárias. Em primeiro lugar, o pedido de tutela declaratória, formulado quando já exigível a obrigação, só se justifica se o autor descrever fatos reveladores da crise de certeza. Não basta dizer que o réu não cumpriu a obrigação, e pedir a declaração de existência dela. É preciso esclarecer por que existe dúvida objetiva. Inexistente a incerteza quanto ao direito, a inicial será indeferida (CPC, art. 295, III).

Pois bem, a tutela declaratória pode, então, ser adequada. Nesses casos o que ocorre, na verdade, é que o autor poderia ter cumulado

pedidos de tutela declaratória e condenatória, mas limitou-se a deduzir apenas o primeiro. A rigor, portanto, não haveria inadequação na hipótese prevista no artigo em questão, mesmo se ele inexistisse.

Aliás, nas demandas em que se pede apenas declaração de paternidade pode verificar-se tal situação. Embora o réu já esteja descumprindo a obrigação de pagar alimentos, é lícito ao autor deixar de postulá-los. Aqui, o legislador autoriza expressamente a concessão de tutela condenatória mesmo que inexistente pedido (cf. Lei 8.560, de 20.12.1992, art. 7º). Trata-se de julgamento *ultra petita* permitido.

Retornando ao problema suscitado, configurar-se-á falta de interesse se o autor descrever crise de adimplemento apenas, e postular tutela declaratória. Ai, sim, estaríamos diante de situação de carência, por inadequação da tutela.

Cabe, então, a pergunta: nesse caso, não identificado o vício no início do processo, poderá o juiz desconsiderá-lo se, submetida ao contraditório a questão do inadimplemento, houver prova do direito à tutela condenatória?

A resposta deve ser afirmativa, pois não se pode, a esta altura, desperdiçar todo o procedimento. Se o autor errou ao formular pedido de tutela inadequada, o juiz também deixou de aplicar corretamente a lei processual. Do equívoco de ambos não deve resultar dano ao sistema. É o princípio da economia processual tutelando o interesse público.

De qualquer modo, para efeito das conclusões a que se pretende chegar, não importa tanto se a situação é de carência não reconhecida no início ou de limitação legítima a um dos pedidos cumuláveis. O problema é outro: diante de pedido meramente declaratório, pode o juiz conceder tutela condenatória?

Caso o vício representado pela falta dessa condição da ação passe despercebido e o juiz, a final, verifique ter o contraditório versado sobre a existência da obrigação e o inadimplemento, não deve reconhecer a carência. Em atenção à economia processual e à instrumentalidade das formas, terá de ignorar o vício processual, proferindo tutela jurisdicional adequada à solução definitiva da crise de direito material. Configurado o inadimplemento e observado o contraditório a respeito dos fatos que o caracterizam, admissível a tutela condenatória.

Ora, se a alternativa é possível em caso de equívoco cometido pelo autor, com muito maior razão deve ser aceita nos casos em que ele voluntariamente limitou o pedido imediato à declaração, embora já estivesse em condições de pleitear também a condenação.

O sistema processual não pode submeter-se à vontade da parte, se incompatível com seus fins. O processo é instrumento estatal de solução de controvérsias. Esse escopo tem conteúdo jurídico e social, sobrepondo-se ao interesse privado.

Por isso, se o autor traz ao Poder Judiciário crise de adimplemento e, não obstante, formula pedido de tutela declaratória, está o juiz autorizado a proferir julgamento *ultra petita*, conferindo-lhe o título executivo, mesmo porque inexistente diferença quanto à atividade cognitiva. Esta conclusão pressupõe, evidentemente, tenha havido contraditório em relação ao inadimplemento.

Esse acréscimo, aliás, não altera o efeito da sentença no plano material, pois *declarar e condenar* implicam mero reconhecimento da obrigação. O *plus* da tutela condenatória tem natureza processual. É representado pela sanção que torna possível a execução.

Por isso, parece perfeitamente cabível a tutela condenatória se, embora tenha o autor formulado pedido declaratório, o descumprimento da obrigação resultar demonstrado no curso do processo, com observância do contraditório e da ampla defesa.

A admissibilidade da solução proposta, fundada no interesse público e no princípio da economia, é reforçada pelo fato de que não se deu ao autor, no plano material, mais do que fora pleiteado na inicial. O acréscimo é processual, e só produzirá efeito se ele quiser. Não há, portanto, invasão indevida na esfera de disponibilidade dos direitos.

Estabelecida a premissa, possível aplicá-la também à hipótese de execução sem título extrajudicial e verificação, nos embargos, de existência do direito e inadimplemento do devedor. Afinal de contas, após conhecer da realidade jurídico-material, o julgador faz juízo sobre a relação entre as partes e sobre a transgressão da regra pelo embargante (endonorma e perinorma), concluindo pela imediata exigibilidade da obrigação, não havendo razão para limitá-la ao efeito declaratório.<sup>202</sup>

202. Cf. Teori Zavascki, "Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados", *RePro* 109/52. No julgamento da Ap.

Com isso evita-se nova demanda cognitiva, apenas para obtenção do título executivo, sem ofensa às garantias fundamentais do devido processo legal.<sup>203</sup>

Tal conclusão pode ser aplicada a qualquer situação em que, embora ausente o interesse processual, não haja óbice concreto ao exame do mérito. Na mesma medida em que essa e as demais condições da ação estão intimamente ligadas ao princípio da economia, pois visam a evitar atividade processual inútil, ainda que fundada a pretensão do autor,<sup>204</sup> se a atividade já se desenvolveu, não se deve desperdiçá-la e extinguir o processo. Se, apesar de desnecessário, o processo reuniu elementos que permitem solução no plano material, não há por que extingui-lo sem julgamento do mérito. Com isso confere-se certa utilidade ao mecanismo estatal, pois se evita litígio futuro em relação àquela situação substancial objeto do processo. O ideal seria que ele não tivesse chegado onde chegou. Mas, se por alguma

959.507-5, da qual fui relator, prevaleceu esse entendimento. Embora reconhecida a ausência de título executivo extrajudicial, como o mérito fora esgotado nos embargos, determinou-se o prosseguimento da execução pelo valor apurado no processo cognitivo incidental (TJSP, 22ª C. de Direito Privado, j. 13.12.2005).

203. Essa solução procura conferir utilidade ao art. 4º, parágrafo único, do CPC, objeto de severa crítica da doutrina preocupada em extrair do processo resultados compatíveis com sua finalidade (cf. Bedaque, *Direito e Processo ...*, 3ª ed., pp. 128-129, esp. nota 149). Ainda que com alguma diferença quanto à fundamentação, aceita-se e aplaude-se a solução proposta por Teori Zavaski: "Tutela jurisdicional que se limitasse à cognição, sem as medidas complementares necessárias para ajustar os fatos ao direito declarado na sentença, seria tutela incompleta. E, se a norma jurídica individualizada está definida, de modo completo, *por sentença*, não há razão alguma, lógica ou jurídica, para submetê-la, antes da execução, a um segundo juízo de certificação, até porque a nova sentença não poderia chegar a resultado diferente do da anterior, sob pena de comprometimento da garantia da coisa julgada assegurada constitucionalmente. Instaurar cognição sem oferecer às partes e principalmente ao juiz outra alternativa de resultado que não *um já prefixado* representa atividade meramente burocrática e desnecessária, que poderia receber qualquer outro qualificativo, menos o de jurisdicional" ("Sentenças declaratórias ...", *RePro* 109/52). A nova definição de *título executivo judicial* vem ao encontro dessa proposta. Segundo o art. 475-N, inciso I, do CPC, é título executivo a sentença que reconheça a existência de obrigação. A solução proposta no texto foi expressamente adotada na Ap. 7.178.511, do TJSP, relatada pelo Des. Milton Paulo de Carvalho Filho, j. 16.12.2008, v.u.

204. Cf. Ernesto Fabiani, "Interesse ad agere, ...", *Rivista di Diritto Processuale* 2/552.

razão isso ocorreu, melhor extrair dele toda a utilidade possível – se não imediata, ao menos para o futuro, preventivamente.

### 38. *Ilegitimidade de parte e julgamento do mérito: litisconsórcio necessário*

Quanto à legitimidade também não está excluída a conclusão de mérito, ainda que ausente tal condição. Pense-se na falta de citação do litisconsorte necessário em demanda fundada em direito real sobre imóvel (CPC, art. 10). Verificado o vício ao final, após o encerramento da fase instrutória e quando já firmada a convicção do juiz pela improcedência do pedido, por que extingui-lo sem julgamento de mérito se o litisconsorte necessário não citado será beneficiado pelo resultado?

A propósito do litisconsórcio necessário, algumas considerações são importantes. Em primeiro lugar, a pluralidade de partes obrigatória é tema inerente à legitimidade *ad causam*. Se o litisconsórcio é necessário, quer por imposição legal, quer pela incindibilidade do objeto do processo (unitariedade), haverá ilegitimidade de parte se não integrarem o processo todos os que participarem da relação de direito material controvertida. O processo será extinto, por carência da ação, pois um só dos co-legitimados, sem a presença dos demais, é considerado parte ilegítima.<sup>205</sup>

Ocorre que o legislador, no caso específico de litisconsórcio necessário passivo,<sup>206</sup> impõe a adoção de providência destinada a sanar o vício processual. Antes de extinguir o processo, deve o juiz ordenar a regularização da legitimidade, determinando ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes (CPC, art. 47, parágrafo único). Trata-se de providência imprescindível, cuja falta poderá implicar nulidade do processo por *error in procedendo*.<sup>207</sup>

205. Cf. Cândido Dinamarco, *Litisconsórcio*, 7ª ed., pp. 66-67, 162-163, 240 e 251; v. também: Piedad González Granda, *El Litisconsorcio Necesario*, pp. 88 e ss.; María Encarnación D'Ávila Millán, *Litisconsorcio Necesario. Concepto y Tratamiento Procesal*, 3ª ed., pp. 23-24.

206. Mesmo quem admite a figura do litisconsórcio necessário ativo reconhece a excepcionalidade do fenômeno. Nesse caso, a ausência de um dos litisconsortes leva à extinção do processo, sem necessidade de qualquer providência prévia (cf. Cândido Dinamarco, *Litisconsórcio*, 7ª ed., pp. 214-239 e 244).

207. Nesse sentido: Dinamarco, *Litisconsórcio*, 7ª ed., pp. 243 e 253. Apenas para registro – pois não constitui questão pertinente ao tema –, há quem



O problema da não-formação do litisconsórcio necessário passivo deve ser examinado, portanto, por dois ângulos. Observada a regra do art. 47, parágrafo único, do CPC, o processo será extinto sem julgamento do mérito, por carência da ação. Mas se a extinção ocorrer sem o cumprimento da exigência legal – determinação para que o autor promova a citação – a sentença será nula. O vício processual consubstanciado na omissão de ato obrigatório do procedimento contamina todos os praticados após o momento em que verificada a falha.<sup>208</sup>

Não obstante tudo isso, vislumbra-se a possibilidade de ser desconsiderado o erro, com extinção do processo mediante sentença de mérito. Se, ao final do procedimento, verifica o juiz a ausência de litisconsorte passivo necessário e a não-observância do art. 47, parágrafo único, parece haver duas alternativas possíveis, dependendo do juízo sobre a pretensão do autor. Se improcedente o pedido, não há necessidade de anular o processo para que seja cumprida a exigência legal, consistente na citação do litisconsorte necessário, pois a sentença o beneficiará. A solução *secundum eventum litis* é rejeitada pela doutrina, que opta pela anulação do processo e a integração do litisconsorte passivo. Considera inaplicável o art. 249, § 2º, do CP, entre outras razões, porque eventual alteração posterior do resultado de mérito, possível em sede recursal, poderia gerar maior dano.<sup>209</sup>

A essa crítica pode-se contrapor o mesmo argumento. É possível que a decisão seja mantida, o que implicará substancial economia de tempo e dinheiro.

Talvez não se deva, em relação ao tema, adotar posição inflexível. Se a hipótese versar questão exclusivamente de direito, por

negue relevância à distinção entre *error in iudicando* e *error in procedendo*, pois ambos dizem respeito à não-observância pelo juiz das normas disciplinadoras de sua atividade no processo. O erro de julgamento se resolveria na violação à regra que impõe ao julgador decidir segundo o direito (cf. Aldo Attardi, *Diritto Processuale Civile*, vol. I, p. 413). A respeito dessa questão, v. também Chiar Besso, *La Sentenza Inesistente*, pp. 17-20.

208. Sobre a dimensão e a abrangência dessa nulidade, v. Dinamarco, *Litisconsórcio*, 7ª ed., pp. 256-258.

209. Cf. Dinamarco, *Litisconsórcio*, 7ª ed., pp. 170, nota 119, e 260, nota 83. A relativização do vício por ele proposta (p. 259) não chega ao ponto de dispensar a citação se o resultado for favorável ao terceiro.

exemplo, a integração do pólo passivo pelo litisconsorte necessário não influirá tanto no procedimento, pois até então poucos foram os atos praticados e quase nada deverá ser anulado. Mas se pensarmos em processo que se desenvolve há muito tempo, com complexa atividade probatória já realizada, a improcedência afigura-se alternativa mais razoável, ainda que presente o risco da inversão do resultado.

De qualquer forma, não se pode excluir de plano a opção pelo julgamento de mérito, apesar da ausência do litisconsorte necessário. Superam-se, portanto, duas questões processuais: a carência da ação e a nulidade. Nenhuma delas constitui óbice à sentença de mérito, visto que a solução dada ao litígio favorece aquele cuja presença no processo era obrigatória. Sua ausência não impediu que o instrumento proporcionasse o resultado desejado – conclusão a que se chega apenas depois de conhecido o teor do julgamento de mérito. Se procedente o pedido, jamais poderia o juiz deixar de anular o processo e adotar a providência prevista no art. 47, parágrafo único.

A sentença de improcedência será válida, visto que, tendo em vista seu conteúdo, os vícios processuais tornaram-se irrelevantes. Será também plenamente eficaz em relação às partes e a terceiros, estes não vinculados apenas à imutabilidade decorrente da coisa julgada material. Tratando-se de rejeição do pedido, todavia, não terá o terceiro, que deveria ter figurado como litisconsorte passivo, interesse em impugnar o resultado.

Tais conclusões aplicam-se também à hipótese em que o vício é detectado em sede recursal. Julgado improcedente o pedido, o autor apela e o tribunal verifica a ausência de litisconsorte necessário. Só deverá reconhecer a nulidade do processo ou a carência da ação se o resultado de mérito for favorável ao apelante. Caso contrário melhor será negar provimento ao recurso, ignorando as falhas de natureza processual.

Por isso, insiste-se na tese de que muitas vezes será preciso ir ao mérito para decidir sobre a relevância do vício processual. Não se está sustentando seja a alternativa da improcedência a única aceitável. Não é este o objetivo da reflexão em torno do tema. Pretende-se tão-somente defender a viabilidade também desta opção, que muitas

vezes pode mostrar-se mais adequada que a tradicionalmente apresentada pela doutrina.<sup>210</sup>

É possível que a resistência em aceitá-la esteja muito mais ligada ao dogma da precedência obrigatória do exame da matéria preliminar e da impossibilidade de julgamento do mérito se presentes determinados óbices processuais. Tais idéias, todavia, são rejeitadas neste estudo. A análise do litisconsórcio necessário e a defesa da alternativa consubstanciada no julgamento de mérito apesar de não integrado o pólo passivo por todos os que deveriam ocupá-lo destinam-se a demonstrar a inconsistência da tese predominante. Às vezes somente a análise do mérito permite ao juiz concluir pela relevância, ou não, de determinado vício processual.

Transitada em julgado a sentença de improcedência, não poderá o autor deduzir novamente a pretensão, mesmo em face do litisconsorte necessário não citado, pois ele teria de incluir no pólo passivo o outro, já beneficiado pela rejeição do pedido no processo anterior. E este co-réu poderia argüir em defesa a existência de coisa julgada. Como o processo não pode prosseguir sem a presença de todos os litisconsortes necessários, não há alternativa senão sua extinção sem exame do mérito.

Por tais fundamentos, rejeita-se a interpretação literal do art. 47, parágrafo único, do CPC, que considera ineficaz a sentença se não adotada a providência ali determinada. Em conformidade com as premissas aqui estabelecidas, essa ineficácia somente se verifica se o litisconsorte ausente for prejudicado pelo resultado do processo.<sup>211</sup>

210. Concorde com esta conclusão Gelson Amaro de Souza, que invoca o art. 249, § 2º, para justificá-la (cf. "Validade do julgamento de mérito sem a citação do réu", *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos da Faculdade de Direito de Bauru* 38/326).

211. Não há, pois, a *ineficácia absoluta* da sentença, aceita por Adroaldo Furtado Fabricio ("Réu revel não citado, *querela nullitatis* e ação rescisória", *RePro* 48/35). Eduardo Talamini também limita-se a reconhecer a ineficácia, sem cogitar da incidência dos princípios da instrumentalidade e da ausência de prejuízo se a sentença beneficiar o litisconsorte necessário ausente (cf. *Coisa Julgada* ..., pp. 345-347). Para Chiara Besso a sentença é eficaz em relação aos litisconsortes presentes e ineficaz quanto aos ausentes. Mas também não aborda eventual incidência do princípio da instrumentalidade nos casos em que o litisconsorte ausente é beneficiado pela sentença (cf. *La Sentenza Inesistente*,

A rigor, aliás, o problema sequer deveria ser tratado no plano da eficácia, pois o litisconsorte necessário não citado é terceiro e, como todos os que se encontram nessa situação, não está sujeito à coisa julgada, embora tenha de suportar os efeitos da sentença.

Pelas mesmas razões não pode ser aceita a tese da inexistência do processo e da sentença pela não-citação do litisconsorte necessário. Embora existentes e eficazes, pode o terceiro, que deveria ter integrado o pólo passivo da demanda, impugnar o resultado a qualquer momento e pela via que escolher.<sup>212</sup>

Ainda que aceitos todos os argumentos contrários ao julgamento de mérito se ausente um dos litisconsortes necessários, a situação pode ocorrer. Estaríamos diante de sentença ineficaz, nos termos do art. 47, parágrafo único, do CPC. Mas, e se o julgamento favorecer a situação jurídica do réu não citado? Compreensão literal do dispositivo pode levar a soluções frontalmente contrárias ao princípio da economia.

### 39. Ainda o litisconsórcio necessário: a proposta colocada em prática

Outra vez passa-se ao plano concreto. O recurso a exemplos ajuda o raciocínio, desde que plausível a situação imaginada. Se não, em nada contribui para confirmação do postulado estabelecido em caráter abstrato.

Atento a essa exigência, imagina-se hipótese perfeitamente factível. Devedor considera nulo o contrato firmado com dois co-credores. Propõe ação com pedido de tutela declaratória, mas indica apenas um deles para figurar no pólo passivo. O vício passa despercebido e a pretensão é julgada improcedente. A sentença transita em julgado e esgota-se o biênio em que ela era passível de rescisão. Qualquer

pp. 240-254). Da mesma forma José Ignácio Botelho de Mesquita, para quem a sentença é ineficaz e, portanto, sem condições de adquirir imutabilidade (*Coisa Julgada*, p. 105).

212. Também aqui, Teresa Arruda Alvim Wambier (*Nullidades do Processo* ..., 5ª ed., pp. 519-520), acompanhada por José Henrique Mouta Araújo ("Meios de defesa do litisconsorte passivo necessário não citado", in Fredie Didier Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier, *Aspectos Polêmicos e Atuais sobre os Terceiros no Processo Civil e Assuntos Afins*, pp. 539-552) e por Cassio Scarpinella Bueno (*Partes e Terceiros* ..., pp. 110-114), sustenta a tese de inexistência.

problema relacionado à técnica processual torna-se, nesse momento, absolutamente irrelevante.

Pois bem. Para assegurar a legitimidade conjunta obrigatória, e consciente de que o sistema das nulidades processuais é insuficiente para impedir que o ato processual produza efeitos, o legislador valeu-se da ineficácia. Dai a regra do art. 47, parágrafo único, aplicável apenas ao litisconsórcio unitário, pois o objetivo do legislador é preservar a incindibilidade da relação de direito material. Por isso, seria inadmissível a eficácia parcial, apenas em relação ao réu, possibilitando que o terceiro viesse questionar aquele resultado. Esta é a razão por que a sentença é absolutamente ineficaz, ainda que sanado o vício processual com a coisa julgada e o decurso do prazo para rescisória.<sup>213</sup>

Essa construção soluciona de forma absolutamente satisfatória o problema das sentenças contrárias ao interesse jurídico-material do terceiro. Formulada em caráter genérico, todavia, incidiria também nas situações em que a sentença seja favorável ao réu e, conseqüentemente, a quem deveria ter sido litisconsorte passivo.

Mesmo nesse caso, seria ineficaz essa sentença? Pelo menos nas hipóteses em que o vício só é detectado quando não mais possível a desconstituição da decisão, desde que o julgamento seja favorável ao litisconsorte necessário não chamado para o processo deve ser admitida a eficácia, não obstante a regra do art. 47, parágrafo único. Sua incidência aqui iria de encontro ao princípio da economia processual e à própria instrumentalidade do processo. Afinal de contas, não há necessidade de preservar dos efeitos do processo quem não participou do contraditório,<sup>214</sup> pois ele foi favorecido pelo julgamento. Também não há risco para a incindibilidade da situação de direito material, visto que o terceiro não tem interesse em discutir a sentença.<sup>215</sup> Fica

213. Cf. Dinamarco, *Litisconsórcio*, 7ª ed., pp. 262 e ss.

214. Cf. Dinamarco, *Litisconsórcio*, 7ª ed., p. 284.

215. Nesse ponto adota-se argumento contrário ao apresentado por Dinamarco para afastar a eficácia da sentença dada *inter pauciores ex pluribus* (*Litisconsórcio*, 7ª ed., p. 270). Mesmo porque a proposta aqui defendida não é de eficácia parcial da sentença, ou seja, apenas em relação ao litisconsorte presente – fenômeno que para o ilustre processualista é absolutamente inadmissível no litisconsórcio necessário unitário, mas possível no necessário legal (cf. p. 296). Parece que também o terceiro será atingido pelos efeitos da sentença – o que não foge à regra, pois a limitação subjetiva diz respeito apenas à coisa julgada

plenamente preservada, portanto, a finalidade visada pelo legislador ao instituir o litisconsórcio necessário unitário. Não há perigo de sucessivas demandas, com decisões praticamente incompatíveis com aquela proferida na ausência do litisconsorte necessário.<sup>216</sup>

De certa forma esta solução é admitida mesmo por quem sustenta a ineficácia absoluta da sentença proferida sem a presença do litisconsorte necessário, desde que ele concorde com o resultado do processo. Tal aceitação corresponde à ausência de prejuízo, princípio fundamental ao sistema da validade e eficácia dos atos processuais.<sup>217</sup>

(CPC, art. 472). O disposto no art. 47, parágrafo único, só incide se o resultado for desfavorável ao terceiro. Ai, sim, ele e o réu não estão sujeitos aos efeitos da sentença. Não se trata de estender a coisa julgada também a ele. Em tese, ele poderia até discutir o resultado do processo em que não interveio. Mas, se a sentença conferir-lhe tutela jurisdicional, significa que sua ausência não causou dano no plano substancial. Ao contrário, mesmo não integrando o processo, ele obteve a proteção que postulava, se citado fosse. Por isso, parece carecer de interesse em resistir à eficácia da sentença. E o fato de não haver participado do contraditório acabou tornando-se irrelevante. A conclusão aplica-se tanto ao litisconsórcio necessário unitário, como ao necessário por determinação de lei. A situação é análoga à improcedência do pedido deduzido pelo autor para cujo processo o réu não fora citado (cf. Capítulo V, ns. 14, 15 e 16). A posição contrária de Dinamarco está fundada basicamente na rejeição absoluta ao julgamento de mérito *secundum eventum litis*. Mesmo se admitida esta premissa, é preciso levar em conta sentenças de improcedência imutáveis, proferidas perante apenas um dos litisconsortes passivos necessários. Configurada esta situação, a incidência do art. 47, parágrafo único, impediria o efeito do ato, embora o vício processual em questão seja totalmente irrelevante.

216. Sobre os motivos determinantes do litisconsórcio necessário, cf.: Mathias Lambauer, *Do Litisconsórcio Necessário*, pp. 104 e ss.; Maria Encarnación D'Ávila Millán, *Litisconsorcio Necesario ...*, 3ª ed., pp. 51 e ss.

217. Refiro-me à posição adotada por Dinamarco. Após discorrer longamente sobre a nulidade e a ineficácia da sentença sem a presença do litisconsorte necessário, invoca ele a regra da máxima conservação possível da eficácia dos atos jurídicos, concluindo pela possibilidade de efeitos, não obstante o vício: "Ora, o impedimento externo é, quanto à sentença proferida *inter pauciores*, a existência de interesse de terceiro omitido no processo e que é co-titular da relação jurídica controvertida. Porque ele não participou da preparação do provimento assim pronunciado é que a sentença fica privada de eficácia. Pois no momento em que ele, de alguma forma, manifeste *aquiescência ao julgado*, o impedimento desaparece e a eficácia se impõe" (*Litisconsórcio*, 7ª ed., p. 295). Essa *aquiescência* posterior ocorre exatamente porque ao terceiro a solução dada na sua ausência interessa. Ela atende ao seu interesse material e representa verdadeira tutela jurisdicional em seu favor. É por isso, aliás, que a eficácia da

O litisconsórcio necessário legal, previsto no art. 10, § 1º, I, do CPC, também é informado pela indivisibilidade da situação jurídica, pois a procedência ou improcedência de demanda reivindicatória, por exemplo, devem atingir de maneira uniforme a situação de ambos os cônjuges. Rejeitada a demanda, não há razão para reconhecer-se a nulidade do processo ou a ineficácia da decisão porque não citado um dos cônjuges, que acabou favorecido pelo resultado do processo.<sup>218</sup>

Este, na verdade, seria um falso problema, pois, extinto o processo com sentença de mérito, ou os litisconsortes ausentes aceitam o resultado e se submetem aos efeitos da decisão, ou podem propor demandas visando a afastar essa eficácia.<sup>219</sup>

Se examinado pelo ângulo daqueles que não integraram o contraditório, evidentemente não há problema a ser solucionado. Eles somente aceitarão os efeitos substanciais da sentença se o julgamento os favorecer. Caso contrário, como não estão sujeitos à imutabilidade e nem mesmo à eficácia do ato (art. 47, parágrafo único), poderão impugná-lo.

Mas se a ineficácia for absoluta o autor poderá propor nova demanda, agora com a presença de todos os litisconsortes necessários. Por isso, preferível restringir o alcance da regra legal, para impedir seja renovado o pedido já julgado definitivamente, com decisão favorável a um deles e extensiva aos ausentes. Tal conclusão somente será admissível se a sentença for dotada de eficácia.<sup>220</sup>

sentença é originária, como bem pondera o autor citado (p. 296). Não parece, todavia, seja necessária manifestação expressa do terceiro. A questão resolve-se pelos princípios do prejuízo e da instrumentalidade das formas. O litisconsórcio configura exigência destinada a assegurar a participação no contraditório de todos os que serão atingidos pelo resultado do processo, bem como para preservar a indivisibilidade da situação de direito material. Se não há risco para esses valores, o vício é irrelevante, independentemente de aquiescência expressa da parte interessada.

218. Nesse sentido: Moniz de Aragão, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 9ª ed., vol. II, p. 276.

219. Piedad González Granda, *El Litisconsorcio Necesario*, p. 220.

220. Daí assistir razão a Maria Encarnación D'Ávila Millán: "La teoría italiana de la sentencia *inutiliter data* debe reconducirse, a nuestro juicio, al estudio de los medios que tienen los litisconsortes necesarios, quedados extraños al juicio, para invocar la inutilidad de la sentencia frente a ellos, pero aclarando que,

#### 40. *Ilegitimidade de parte e julgamento do mérito: alcance da conclusão*

Tendo em vista as idéias até agora desenvolvidas, necessário examinar o problema da ilegitimidade de parte em sentido amplo, não detectada no momento oportuno, e a possibilidade do julgamento de mérito a favor daquele que deveria ter participado da relação processual. Aqui a questão é bem mais complexa, e a solução exige rompimento com determinados dogmas jamais questionados.

Em todas as outras situações de ilegitimidade de parte, não decorrentes da necessidade do litisconsórcio, pode parecer inútil a discussão sobre a natureza da sentença. Verificado que o autor não poderia ocupar o pólo ativo somente depois de desenvolvido o procedimento ordinário, com todas as fases a ele inerentes já superadas — atividade totalmente dispensável se tivesse o juiz examinado a inicial —, tanto faz reconhecer a carência da ação ou a improcedência. O verdadeiro titular do suposto direito poderá pleitear seu reconhecimento em outro processo, tendo em vista os limites subjetivos da coisa julgada material (CPC, art. 472).

A situação, aqui, é de carência, visto que, segundo o que foi descrito na inicial, o autor, por não integrar a relação de direito material, não tem legitimidade para formular o pedido. Ocorre que as conseqüências práticas não diferem da improcedência, ao menos se admitido o entendimento anteriormente defendido, quanto à impossibilidade de o mesmo autor propor de novo a ação. Ele não mais poderá figurar no pólo ativo, pois a ilegitimidade tornar-se-á definitiva. Já para o suposto verdadeiro credor inexistente qualquer óbice à formulação do mesmo pedido com idêntica causa de pedir. Por isso é que não há diferença substancial, nesse momento, entre carência e improcedência. Como já afirmado, a técnica das condições da ação reflete-se muito mais no plano processual.

Em síntese, qualquer que seja a solução, a sentença tornar-se-á imutável interna e externamente. Daí a inutilidade da discussão.

Complexa, todavia, é a possibilidade de o juiz, verificando a existência do direito de quem deveria ocupar o pólo ativo, julgar

si esta falta de eficacia no es invocada, la sentencia, una vez dictada y firme, desplegará su eficacia frente a todos presentes y ausentes, dada la naturaleza común de la relación jurídico-material" (*Litisconsorcio Necesario* ..., 3ª ed., p. 197).

procedente o pedido, favorecendo terceiro que não participou do processo. Aliás, sequer provocou a atividade jurisdicional. Admitido esse fenômeno, estar-se-á criando hipótese de tutela jurisdicional concedida de ofício e sem a presença do beneficiário.

Por outro lado, se optarmos pela inadmissibilidade de que tal ocorra, tendo em vista o princípio da demanda (CPC, art. 2º), perder-se-á toda a atividade desenvolvida naquele processo.

Colocadas as duas alternativas, a primeira parece preferível desde que, por qualquer meio, possa ser identificada a vontade do titular do direito a ser reconhecido.

Como dito no início deste tópico, a proposta implica sério rompimento com dogmas do direito processual. Conceder tutela jurisdicional a quem não a pediu formalmente e não participou de todo o processo representa, à primeira vista, solução absurda.

Pensemos, todavia, nas conseqüências desta aparente teratologia.

Em primeiro lugar, o instrumento já nasceu, desenvolveu-se e dá ao juiz condições de solução correta da crise, tutelando a situação de vantagem a quem encontra-se protegido no plano substancial.

Para que esta solução seja viável, necessário que, de alguma forma, o legitimado participe do processo e manifeste vontade de que seu direito seja reconhecido. Caso contrário não há como conferir tutela jurisdicional a quem não demonstra intenção de obtê-la.

Imagina-se situação em que o juiz, verificando ser outro o titular do direito, julga o autor carecedor da ação por ilegitimidade ativa e concede a tutela ao terceiro. Em sede recursal, ele intervém e pede a manutenção da sentença. Se o tribunal concluir que razão lhe assiste, não deve cassar a decisão pela ausência formal do pedido, deduzido em petição inicial, nos termos do art. 282 do CPC. A esta altura, a ausência de requisitos de validade do processo e de condição da ação torna-se irrelevante, especialmente tendo em vista o resultado do julgamento no plano material. Ao réu foi assegurado o contraditório e o processo reúne elementos para a decisão de mérito. Não admiti-la significa homenagear a forma em detrimento do fim.

Não se ignora a vedação contida no art. 264 do CPC em relação à alteração subjetiva da demanda. Mas esta regra é manifestação do princípio da eventualidade, cuja função é possibilitar o desen-

volvimento normal do processo, sem retorno a fases já encerradas do procedimento. A estabilização da demanda visa a evitar sejam introduzidos no processo novos elementos objetivos ou subjetivos, o que demandaria a necessidade de outros atos, inclusive eventual reabertura da instrução – o que retardaria a conclusão do processo.

Na situação apresentada esse risco inexistente, pois o réu participou do contraditório e o julgamento é favorável àquele que poderia ser prejudicado por não ter figurado como parte desde o início. Sua intervenção em sede recursal sana o vício da sentença e permite seja mantido o julgamento de mérito – resultado que interessa a todos.

Como a solução proposta não afronta o escopo do art. 264, não implica violação à regra, que não pode ser interpretada literalmente. À luz dos critérios teleológico e sistemático, admissível a exceção.

Se o terceiro beneficiado pela sentença não quiser fazer uso dela, basta manter-se inerte. Mas, se preferir valer-se de sua eficácia, por que não permitir? A partir da sentença, o titular do direito material passou a integrar a relação processual, ainda que de ofício.

Nem se diga que o réu poderá questionar o resultado do processo, pois ele participou do contraditório e está sujeito à coisa julgada.

Seguindo essa mesma linha, verificada a ilegitimidade do réu ao final do procedimento, porque a não-correspondência entre ele e o sujeito passivo da relação material passou despercebida ao juiz, nada obsta a que seja o pedido julgado improcedente, se o juiz concluir pela inexistência do direito. A decisão levará em conta o verdadeiro integrante da situação jurídica substancial, o que impedirá seja a demanda reproposta em relação a ele.

Aliás, essa hipótese é muito semelhante àquela, já referida, em que o autor pede indenização do proprietário do veículo conduzido por terceiro. Demonstrada a alienação do carro anteriormente aos fatos, vimos tratar-se de improcedência, não de carência, pois o fundamento da pretensão é a responsabilidade do proprietário pelos danos causados pela coisa, não importando quem seja o condutor. A falta de prova a respeito da causa de pedir (propriedade) leva à rejeição do pedido, como ocorre em qualquer processo em que o autor não consiga demonstrar seja o réu o verdadeiro devedor.

Pois bem. Se o juiz concluir também que o condutor do veículo não foi culpado pelo acidente, visto que a culpa fora do autor, deverá

julgar improcedente também em relação ao verdadeiro proprietário e ao próprio motorista.

Não se justifica conclusão diversa, sob o fundamento de que eles não são partes do processo. Estar-se-iam concedendo ao autor novas oportunidades para discutir a mesma situação de direito material só porque substituída a parte passiva. Se o processo já oferece condições de composição integral do litígio, com a proclamação da inexistência do crédito não apenas em relação ao réu, por que a limitação? O autor participou do contraditório e teve oportunidade de demonstrar seu direito. Não conseguiu. Inexiste razão para conceder-lhe outra chance. A coisa julgada o alcança, já que ele participou do processo (CPC, art. 472). Já o legitimado passivo ausente não tem interesse em impugnar a sentença a ele favorável.

#### 41. Técnica das condições da ação e instrumentalidade do processo

Por tudo o que foi exposto, insiste-se na importância do momento adequado ao exame das condições da ação. Somente se realizado na inicial ou, na pior das hipóteses, até o saneador a categoria revela utilidade para o sistema processual, pois contribui decisivamente para a economia processual.

Se o processo prosseguir, com produção de provas, a controvérsia sobre a natureza da sentença que reconhecer a ilegitimidade passa a representar puro exercício intelectual, cuja importância acadêmica não pode ser desprezada, pois contribui para o desenvolvimento do raciocínio lógico. Mas a relevância prática da discussão é nenhuma.

Mas há situações em que existe grande diferença, quanto aos efeitos práticos, entre a sentença de carência e a de improcedência. Nesses casos, a extinção do processo sem julgamento do mérito realizada após terem as partes exaurido a discussão quanto ao aspecto substancial do fenômeno vai de encontro não só a princípios fundamentais do direito processual, por puro amor à forma, como também contraria elementares princípios de lógica. Como explicar a alguém sem formação jurídica e razoavelmente inteligente que nós construímos e desenvolvemos um instrumento destinado a alcançar determinado fim mas, em compensação a esse esforço, exigimos

que só possa ser aceito o resultado obtido se observada a técnica que concebemos? Repudiamos toda e qualquer solução, ainda que substancialmente correta, se proveniente de um instrumento em que se verifique alguma falha técnica, ainda que ela não comprometa a idoneidade do fim.

Este raciocínio aplica-se perfeitamente à técnica das condições da ação. Ainda que verificada a carência, em determinadas situações o julgamento do mérito é não só admissível como desejado.

Em síntese: não obstante haja natural ordem lógica quanto ao exame das questões preliminares e aquelas relacionadas ao mérito, isso não significa a existência de vedação absoluta ao julgamento do pedido se verificada a existência de óbice determinado por matéria de ordem processual. Se, à luz dos princípios da instrumentalidade das formas e da economia processual, for possível ignorar a falha processual, o mérito deverá ser julgado.<sup>221</sup>

Essa visão do fenômeno ganha maior importância com a alteração do art. 522 do CPC, visando a eliminar o agravo de instrumento como forma genérica de impugnação a interlocutórias judiciais.<sup>222</sup> Agora, o reexame das decisões versando sobre questões processuais será em regra realizado na apelação, como matéria preliminar.

Nessa oportunidade é fundamental que o julgador atente para a possível irrelevância do vício. A anulação do processo ou sua extinção sem julgamento do mérito só ocorrerão se a não-observância da técnica gerar dano a uma das partes ou atentar contra algumas

221. Barbosa Moreira aparentemente conclui em sentido diverso: "Por conseguinte, a proceder-se corretamente, toda vez que se enuncia algo sobre o pedido – isto é, sobre o mérito – é porque já se ultrapassou o plano da preliminar (já se pôs em movimento o mecanismo que abre a porta). Reciprocamente, toda vez que se esbarra na preliminar (a porta não se abre), fica absolutamente excluída, *et pour cause*, a possibilidade de enunciar-se o que quer que seja a respeito do pedido (= do mérito). Fazer semelhante enunciação e, depois, dizer que se acolhe a preliminar é tão ilógico quanto comentar o que se viu no recinto e, depois, dizer que não se pudera abrir a porta" ("Legitimação passiva: ...", in *Direito Aplicado II* ..., pp. 373-374). Quer-se crer esteja o eminente processualista referindo-se às questões preliminares insuperáveis, ou seja, aquelas não-passíveis de sanção pelos princípios da instrumentalidade das formas e economia processual.

222. Refiro-me à Lei 11.187, de 19.10.2005, que institui como regra o agravo retido (arts. 522, 523, § 3º, e 527, II).

garantias essenciais do devido processo legal. Caso contrário deve o agravo retido ser rejeitado, passando-se ao exame da apelação.

Para que tal ocorra, aliás, possivelmente seja necessária a inversão da ordem lógica das questões a serem enfrentadas pelo órgão de segundo grau. Não raro, para dar ou negar provimento ao agravo retido será preciso verificar o resultado do julgamento no plano do mérito – o que impõe exame da apelação. Se favorável à parte prejudicada pelo *error in procedendo*, este deve ser ignorado.

Não é outra a razão por que sempre se ressaltou a maior gravidade do *error in iudicando*, que representa a não-atuação da regra de direito material, verdadeira negação do processo. Além de não atender às expectativas nele depositadas pelo legislador, o que não deixa de configurar violação à regra processual, a conduta do juiz tem como consequência ofensa a outra categoria de normas jurídicas – as substanciais –, cuja finalidade é regular a relação jurídica controvertida, produzindo resultado diverso daquele previsto pela lei.<sup>223</sup>

Nessa medida, tornam-se irrelevantes, por exemplo, o indeferimento de prova requerida pelo réu, se o tribunal concluir pela improcedência do pedido; a ausência de litisconsórcio necessário passivo e a rejeição do pedido; a falta de título executivo e a existência de elementos suficientes ao convencimento sobre a existência, ou não, do direito material do credor.

Em todas essas hipóteses parece deva o tribunal primeiro examinar a apelação e, dependendo do juízo a respeito da matéria de mérito, considerar prejudicado o agravo retido por perda superveniente do interesse recursal.

Mais uma vez insiste-se na insubsistência do dogma da prioridade das questões processuais em relação ao mérito. Também ratifica-se o entendimento contrário à tese da impossibilidade de julgamento do mérito se ausente uma das condições da ação ou dos pressupostos processuais.

Como se pretendeu demonstrar, tal posição não é suficiente para explicar inúmeras situações práticas. Se adotada de forma

223. Nas palavras de Calamandrei, verifica-se absoluta contradição entre o que a lei substancial determina fora do processo e o que no processo o juiz ordena em nome da lei (cf. "La distinción entre *error in iudicando* y *error in procedendo*", in *Estudios sobre el Proceso Civil*, p. 170).

generalizada,<sup>224</sup> comprometeria a natureza instrumental do processo e alguns de seus princípios mais importantes, como o da instrumentalidade das formas e o da economia processual.<sup>225</sup>

Não se nega a existência, em regra, da prioridade no exame das questões processuais. Discute-se apenas a afirmação de que a ausência de requisitos inerentes ao processo constitui óbice intransponível ao exame do mérito. Pretendeu-se demonstrar que em determinadas situações, pelo menos, a relevância do vício dependerá da decisão de mérito.

#### 42. Categoria dos requisitos de admissibilidade do julgamento de mérito

Reiteram-se sumariamente algumas noções teóricas, apenas para melhor compreensão da conclusão deste capítulo.

A teoria das condições da ação, adotada expressamente no direito positivo brasileiro, tem origem em doutrinador italiano cuja influência na formação das bases científicas do direito processual brasileiro e no pensamento dos processualistas pátrios é notória.<sup>226</sup>

Como exposto anteriormente, o exame das condições da ação é feito à luz da relação jurídica de direito material. Embora haja divergência em relação à intensidade desse exame, o momento e a forma como ele se realiza, bem como sobre a imutabilidade, ou não,

224. Trata-se de afirmação corrente tanto na doutrina brasileira quanto na estrangeira: "Se manca una delle condizioni per la trattabilità e la decisione del merito, il giudice non può giudicare sulla fondatezza della domanda" (Aldo Attardi, *Diritto Processuale Civile*, vol. I, p. 63).

225. Pela amplitude, não pode ser aceita a afirmação de Joel Dias Figueira Júnior, para quem a não-observância da ordem no exame do denominado "trinômio processual" comprometerá o julgamento de mérito, que, se realizado, não será válido (cf. "A metodologia no exame do trinômio processual: ...", *RePro* 72/335).

226. Trata-se, como já informado no decorrer do trabalho, de Enrico Tullio Liebman, cujas posições sobre condições da ação, coisa julgada e execução, por exemplo, não obstante as críticas sofridas por parcela da doutrina, ganharam a adesão da grande maioria dos processualistas brasileiros. Sobre a importância de sua obra para o processo civil brasileiro, cf. Cândido Dinamarco, "Liebman e a cultura processual brasileira", in *Estudios em Homenagem a Ada Pellegrini Grinover*, pp. 487-512.

da sentença de carência,<sup>227</sup> ninguém discorda desta afirmação: os elementos de que se vale o juiz para concluir a respeito de qualquer das condições da ação devem ser buscados na relação de direito material.

Para justificar a existência das condições, afirma-se não ser a ação direito genérico e abstrato de provocar a atividade jurisdicional do Estado, como consequência da vedação à autotutela e da inércia da jurisdição. Este é um poder indeterminado, concebido sem qualquer relação a uma situação concreta.

*Ação*, fenômeno processualmente relevante, teria outro conteúdo. Não o direito existente, mas algo específico, concreto. O direito processual de ação refere-se a uma situação determinada e individualizada, sobre a qual incidirá o pronunciamento judicial.<sup>228</sup>

Também parece não haver divergência – e esta é a posição do próprio criador da teoria – quanto à impossibilidade de novo juízo

227. Para exame das várias questões relacionadas às condições da ação, com extensa indicação bibliográfica, cf. Bedaque, "Pressupostos processuais ...", *Justitia* 156/187 e ss.; *Direito e Processo ...*, 3ª ed., pp. 90 e ss.; "Apelação: ...", in Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.), *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis ...*, vol. 7, pp. 455 e ss.; *Código de Processo Civil Interpretado*, pp. 40 e ss.

228. Liebman define o *direito processual de ação* nos seguintes termos: "Nel suo significato pieno e vero, l'azione non compete infatti a chiunque e non ha contenuto generico. Al contrario, essa si riferisce ad una fattispecie determinata ed esattamente individuata, ed è il diritto ad ottenere che il giudice provveda a suo riguardo, formulando (od attuando) la regola giuridica speciale che la governa" ("L'azione ...", in *Problemi del Processo Civile*, p. 46). Pelo que se verifica, Liebman considerava *ação* o direito ao exame da situação descrita na inicial (*fattispecie determinata ed esattamente individuata*), sobre a qual irá incidir a regra concretamente formulada (*la regola giuridica speciale che la governa*). Essa construção encontra justificativa na natureza instrumental do processo e de seus institutos fundamentais, um dos quais é a *ação*. As condições imaginadas por Liebman correspondem a elementos da situação de direito material descrita pelo autor. Se desde logo for possível afirmar que ela não comporta a tutela pleiteada, em razão de circunstâncias dela própria, o autor seria carecedor da ação. Não corresponde a essa idéia, portanto, a possibilidade de a ausência de condições da ação ser aferida segundo elementos surgidos no curso do procedimento. Estes, se demonstrados, revelam ser outra a situação concreta, diversa daquela descrita na inicial, que era em tese passível de tutela. Não comprovado o que se afirmou, deverá o pedido ser rejeitado. Trata-se de julgamento de mérito.

a respeito de situação de carência já reconhecida por sentença irre-corrível.<sup>229</sup>

Admitida essa premissa, problema interessante e relacionado ao objeto deste estudo pode surgir: existiria ordem de precedência obrigatória entre pressupostos processuais e condições da ação? Poderia o processo ser extinto por ilegitimidade de parte ainda que verificada a ausência de um dos pressupostos, como capacidade processual ou postulatória?

Parece que, considerando a posição adotada quanto à possibilidade de extinção do processo com julgamento de mérito embora existente vício de natureza processual de extrema gravidade, como falta de citação, a resposta só pode ser afirmativa.

Se o pressuposto processual faltante visar à proteção do réu (citação válida, capacidade postulatória, suspeição do juiz por vínculo de amizade íntima com o autor), o reconhecimento da carência, por ilegitimidade de parte, é solução mais benéfica ao sujeito passivo que a anulação do processo.

229. Hoje já se fala, até, em "coisa julgada material". Para exame mais aprofundado dessa questão, remete-se o leitor às obras citadas na nota 227. Como afirmado no texto, Liebman reconheceu expressamente que, extinto o processo por ilegitimidade de parte, a repositura da demanda somente seria possível se corrigido o vício. Como o objeto dessa sentença "può essere rilevante anche fuori del processo in cui fu pronunciata: se per esempio dichiarò il difetto di legittimazione, impedisce la riproposizione della stessa domanda fra le stesse parti, salvo il caso che la legittimazione sia nel frattempo sopraggiunta" (*Manuale ... Principi*, 5ª ed., p. 269). Pelo que se verifica, embora a sentença de carência não implique decisão de mérito, pois não acolhe nem rejeita o pedido do autor, ela produz efeito no plano material, que se torna imutável. Denominar esse fenômeno de "coisa julgada material", ou não, parece questão puramente terminológica. Substancialmente, em ambos os casos há imutabilidade de efeito externo da sentença. Cf. tb. Adroaldo Furtado Fabricio, "Extinção do processo ...", *RePro* 58/26.

Já ressaltai em outra oportunidade que a coisa julgada, concebida como imutabilidade da sentença e de seus efeitos, não obsta ao surgimento de fatos novos, aptos a modificar a situação entre as partes, como pagamento ou transação. As próprias partes podem dispor de forma diversa daquela estabelecida na sentença. A coisa julgada impede apenas seja a situação de direito material novamente examinada e decidida em sede jurisdicional (cf. *Direito e Processo ...*, 3ª ed., pp. 120-121). Esta observação já fora feita por Liebman (cf. *Manuale ... Principi*, 5ª ed., p. 286, nota 36).



Verificada a ausência de pressuposto e, concomitantemente, de condição da ação, a extinção do processo por este último fundamento é melhor também para o sistema, pois, admitida a estabilidade do resultado, será inadmissível a propositura de demanda idêntica.

Também em razão da natureza das condições da ação – técnica processual destinada a, mediante exame superficial da relação material, verificar a existência de óbices postos pelo direito material ao acolhimento do pedido e, com isso, evitar o prosseguimento inútil do processo –, eventual reunião delas em uma única categoria, juntamente com os pressupostos processuais, só pode ser admitida se observados os cuidados necessários à preservação da homogeneidade da classificação.

Tanto os pressupostos quanto as condições constituem requisitos de admissibilidade do exame do mérito. Por esse ângulo, poder-se-ia agrupá-los na mesma classe, que se distingue daquela constituída pela matéria de mérito.

Mas é preciso cuidado quanto às especificidades dessas duas espécies de preliminares. A ausência de pressuposto processual pode implicar extinção do processo,<sup>230</sup> mas a demanda pode ser reapresentada sem qualquer alteração, pois o vício refere-se exclusivamente ao próprio processo. Não tem nexos com a relação de direito material.

Por isso, na extinção por defeitos relativos aos pressupostos processuais a sentença não contém juízo de valor quanto a aspectos da relação de direito material discutida perante o órgão jurisdicional. Nessa medida, a eficácia do ato judicial é exclusivamente interna, não atingindo o plano substancial.<sup>231</sup>

230. Nem sempre produz esse resultado. A incompetência, o impedimento e a suspeição, por exemplo, determinam apenas a remessa dos autos ao juiz competente ou imparcial (CPC, arts. 113, § 2º, 311, 313 e 314). O vício de citação implica anulação dos atos subsequentes, mas não determina a extinção do processo (arts. 214 e 247).

231. Aliás, em complementação à nota anterior, pode-se afirmar que, considerados os pressupostos necessários ao desenvolvimento válido e regular do processo, assim denominados pela corrente ampliada (cf., a respeito, Bedaque, "Pressupostos processuais ...", *Justitia* 156/48 e ss.), apenas a ausência dos requisitos subjetivos relativos ao autor (capacidade de ser parte, capacidade de estar em juízo e capacidade postulatória) leva à extinção do processo. Quanto aos denominados "objetivos negativos", a coisa julgada, a litispendência e a

O mesmo não ocorre, porém, com as condições da ação. Declarada a carência da ação, a sentença produz efeitos no plano material, pois é naquele plano que se encontra o óbice ao prosseguimento do processo.

Em síntese, verifica-se ser diverso o objeto cognoscível em cada uma das espécies de requisitos de admissibilidade do julgamento de mérito.

Ainda que se entenda, *de lege ferenda*, configurar julgamento de mérito aquele decorrente do exame das condições da ação, outra foi a opção legislativa. O Direito Brasileiro, admitindo a técnica processual proposta pelo criador dessa teoria, possibilita ao juiz exame prévio de alguns elementos da relação material deduzida pelo autor, para verificação da existência de eventuais óbices manifestos ao acolhimento do pedido formulado pelo autor. Se existir algum, é lícito ao julgador recusar-se a prosseguir na verificação da veracidade dos fundamentos da pretensão, visto ser ela manifestamente incabível.<sup>232</sup>

Não bastasse isso, procurou-se demonstrar que, ao menos no que se refere à legitimidade e ao interesse, o mérito propriamente dito não é objeto de análise e sobre ele o juiz não delibera. Limita-se a concluir que o pedido do autor não pode ser julgado, não há como afirmar existente ou inexistente o direito deduzido, porque:

a) o autor descreveu relação material de que ele não faz parte e não há regra permitindo que formule, em nome próprio, pedido de tutela jurisdicional em benefício de outrem;

convenção de arbitragem acarretam essa consequência. A falta dos demais pode gerar outros efeitos, como a revelia ou a nulidade de atos processuais, mas não a extinção do processo. A respeito, cf. Bedaque, comentários ao art. 13, no *Código de Processo Civil Interpretado*, pp. 80-81.

232. Ao contrário do afirmado por Fábio Gomes (*Carência da Ação*, p. 48), tanto Liebman quanto seus seguidores têm plena consciência de que as condições da ação são aferidas à luz de elementos da relação material. Também não parece correta a observação feita à afirmação de Barbosa Moreira sobre a necessidade de raciocinar-se hipoteticamente. Não se trata de um *faz-de-conta*, como pretende o autor, mas da utilização de técnica destinada a impedir o prosseguimento de processo manifestamente inútil, valendo-se o julgador, para chegar a tal conclusão, de elementos da relação material sem, contudo, solucionar a crise de direito material.

b) quem passou a integrar o pólo passivo do processo é pessoa diversa daquela apontada na inicial como destinatária dos efeitos da tutela jurisdicional;

c) o direito afirmado na inicial ainda é inexigível;

d) a tutela jurisdicional pleiteada não é apta, em tese, a solucionar a crise de direito material descrita.

A partir daí, parece ter chegado o momento de a doutrina processual abandonar a discussão, já cansativa, quanto à natureza das condições da ação, para concentrar-se em aspectos mais importantes de sua Ciência. Ao invés de insistir na identidade absoluta entre essas condições e o mérito, deve o processualista demonstrar aos demais profissionais do Direito a necessidade de evitar ao máximo a carência da ação, especialmente nas hipóteses em que a falha quanto a tais requisitos seja verificada ao final do processo e o julgamento de mérito revele-se possível, sem ofensa aos valores diretamente tutelados pelas regras processuais.

Nessa mesma linha de raciocínio, a utilidade das investigações acerca desse tema crescerá sobremaneira se nós conseguirmos pôr fim à verdadeira mania da carência, mostrando que grande parte das sentenças assim denominadas contém juízo de mérito e representam julgamento de improcedência do pedido.

Em síntese, a visão restrita das condições da ação aqui apresentada possibilita distinguir com certa nitidez essa categoria do mérito, evitando confusões indesejadas. Trata-se de técnica processual inspirada no princípio da economia processual, destinada a possibilitar ao juiz mecanismos para identificação, o mais breve possível, de óbices manifestos a que o processo atinja seu escopo maior. Por fim, necessário enfatizar que, como técnica, serve a um objetivo. Por isso, eventual não-observância dela somente será relevante se comprometer o fim para o qual ela está voltada.

#### 43. Ausência de condições da ação e acolhimento da pretensão: a sentença injusta

Em outros itens foram examinadas as hipóteses de sentença de mérito contrária ao autor não obstante seja ele carecedor da ação. Enfrenta-se, agora, problema mais delicado: situações de carência e

procedência do pedido. Não se trata, aqui, de ignorar o vício por falta de prejuízo, mas de sentenças equivocadas pelo não-reconhecimento da carência.

Admitido que o exame das condições da ação é feito segundo elementos da relação material e, conseqüentemente, o juízo realizado nesse plano deve tornar-se imutável, ainda que a imunização fique restrita ao que fora objeto de decisão, outra questão surge e demanda solução.

Verificou-se que, reconhecida a ilegitimidade de parte ou a falta de interesse processual, não pode o autor propor de novo a demanda sem a modificação do elemento determinante da carência. A mesma parte considerada ilegítima está definitivamente impedida de ocupar o pólo passivo, por exemplo.

Pois bem. E se, não obstante a falta de uma das condições da ação, o juiz ignorar o vício e acolher a demanda? Se ação proposta por quem não integra a relação material ou em face de quem não ocupa a situação legitimante for julgada procedente? Se, apesar de manifestamente inexigível o crédito, o réu for condenado a cumprir a obrigação?

Tais sentenças são aptas ao trânsito em julgado e, não proposta rescisória no prazo legal, ficam imunes a qualquer ataque. Não diferem substancialmente de outras sentenças de mérito em que há manifesta injustiça por equívoco na aplicação da lei ou na avaliação do conjunto probatório. Para afastar o erro de julgamento existem os meios de impugnação a decisões judiciais – recurso e ação rescisória.

Mais complexa é a hipótese em que, embora haja vedação expressa no ordenamento jurídico, o pedido é acolhido. Pensemos nos casos extremos: condenação a pena de prisão por dívida, condenação ao pagamento de obrigação fundada em jogo, decretação do divórcio em país onde o casamento seja indissolúvel.

Qual seria a conseqüência, enfim, do acolhimento de demanda juridicamente impossível?

Desde logo rejeita-se respeitável entendimento doutrinário segundo o qual o não-reconhecimento da carência implicaria inexistência da sentença de mérito.<sup>233</sup>

233. É o que sustenta Teresa Arruda Alvim Wambier (cf. *Nulidades do Processo* ..., 5ª ed., pp. 354-355).

Afirmou-se anteriormente que a impossibilidade jurídica do pedido é, em tudo e por tudo, sentença de mérito. Trata-se de verdadeira improcedência macroscópica da pretensão, apta ao trânsito em julgado.

Nessa linha de raciocínio – e também para manter coerência com a posição adotada com relação às demais condições da ação –, estamos diante de erros de julgamento, tanto quanto ocorre em inúmeras outras sentenças de mérito.

Não é necessário ir muito longe. Também já se afirmou que, no âmbito do direito público, o pedido é juridicamente possível se admitido em tese pelo ordenamento. Ao contrário do que ocorre no direito privado, vigora a regra da tipicidade, de forma análoga ao que se dá no direito penal.

Nessa medida, se o juiz concede isenção ou imunidade tributária fora das hipóteses previstas em lei, admite aquilo que o legislador veda expressamente. Trata-se de julgamento concedendo a alguém algo em tese proibido pelo sistema.

O problema, então, resume-se no seguinte: o que ocorre com as sentenças de mérito que acolhem tese de direito não admitida de forma expressa pelo ordenamento jurídico material?

Resposta a esta indagação requer, antes de mais nada, exame das hipóteses normalmente indicadas como *impossibilidade jurídica do pedido*.

Uma dela é a prisão por descumprimento de obrigação. Como já visto, discute-se sobre a possibilidade de a sanção ser aplicada ao depositário infiel. Para quem entende inadmissível, pedido nesse sentido será juridicamente impossível, porque vedado pelo ordenamento jurídico. Não obstante, se decretada a prisão por juiz com entendimento contrário e transitada em julgado a sentença, não há como negar-lhe eficácia.

Como a isenção tributária não se aplica às taxas e às contribuições de melhoria (CTN, art. 177), pedido nesse sentido seria juridicamente impossível. Mas se o juiz entender que tal regra, interpretada em conjunto com outras do Sistema Tributário Nacional, comporta determinadas exceções, poderá reconhecer o direito ao benefício. Transitada em julgado a sentença e decorrido o prazo para rescisória, a imutabilidade será definitiva. O ato existe e é eficaz.

Se determinado juiz entender que o art. 814 do CC colide com outras regras do ordenamento que permitem a exploração do jogo pelo Estado e, com esse fundamento, condenar o réu ao pagamento de dívida dessa natureza, a sentença existirá juridicamente e poderá tornar-se definitiva após o trânsito em julgado. Ainda que absurdo e frontalmente contrário ao sistema de direito positivo, este resultado irá produzir efeitos, como, de resto, são eficazes inúmeras sentenças equivocadas.

Da mesma forma, se autorizada a inscrição de pessoa com idade inferior a 25 anos em concurso para a Magistratura, pretensão expressamente vedada pelo legislador (LOMAN, art. 5º), a sentença existirá, será válida e eficaz.

O casamento entre pessoas do mesmo sexo não é permitido, ao menos segundo interpretação das regras sobre matrimônio existentes no sistema jurídico brasileiro (CF, art. 226, § 5º; CC, art. 1.514). Recentemente o Ministério Público Federal propôs ação civil pública visando a obrigar o Estado a aceitar as uniões homossexuais. Se procedente o pedido e transitada em julgado a sentença, sua desconstituição somente será possível em ação rescisória. Não desconstituída a sentença, eventual julgamento contrário ao direito perpetuar-se-á e será dotado de plena eficácia.

Situações análogas têm ocorrido em relação à união estável, que, segundo a Constituição Federal, verifica-se entre homem e mulher (art. 226, § 3º). Não obstante isso, já há decisões reconhecendo a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Trata-se de pedido juridicamente impossível, na visão de alguns. Mas outros entendem admissível o fenômeno no ordenamento jurídico, que deve ser interpretado sistematicamente. De qualquer forma, não se pode negar à sentença que o reconheça a natureza de ato existente e eficaz, e apto ao trânsito em julgado. E, transcorrido o prazo para rescisória, não mais passível de desconstituição. Embora possivelmente evitada de *error in iudicando* – o que a tornaria injusta –, contém todos os requisitos essenciais à subsunção na hipótese de incidência.<sup>234</sup>

234. Assim também, com esses e outros argumentos, cf. Eduardo Talamini (*Coisa Julgada* ..., pp. 315-319), que aponta para a necessidade de flexibilização

Pois bem, a conclusão diversa não se pode chegar se raciocinarmos com o pedido de divórcio. Ainda que não admitida de forma expressa a dissolução do vínculo em determinado ordenamento jurídico, não se pode excluir a possibilidade, ainda que remota, de algum juiz vislumbrar alternativa diversa, mediante interpretação sistemática e teleológica do conjunto de regras sobre casamento. Não seria absurdo imaginar que, não obstante a existência de regra expressa sobre a indissolubilidade do matrimônio, algum juiz a considere inconstitucional e deixe de aplicá-la, acolhendo pedido de divórcio.

Trata-se de hipótese talvez rara, mas não se pode negar seja esta sentença existente, válida e eficaz. Enquanto não decorrido o prazo para ação rescisória, poderá ser desconstituída, por violação a literal disposição de lei. Não proposta esta ação, o comando emergente da decisão terá de ser cumprido, ainda que contrário à norma. Embora possa causar espanto, esta conclusão é perfeitamente compatível com o sistema da separação de Poderes. Ao Judiciário cabe dizer e atuar concretamente as regras de direito material. Para corrigir eventuais equívocos, o sistema processual é dotado de mecanismos destinados à impugnação das decisões judiciais. Se eles não forem utilizados, a sentença deverá ser cumprida, ainda que aparentemente contrária à lei.

No âmbito do direito tributário inúmeras são as regras restritivas de direito que, por inconstitucionais, são ignoradas. Configuram típicos pedidos juridicamente impossíveis, pois vedados em tese pelo ordenamento material, mas julgados procedentes porque a regra infraconstitucional vai de encontro à Constituição. Ainda que equivocadas tais interpretações, a sentença existe, é válida e eficaz. Transitada em julgado, e esgotado o prazo para a rescisória, nada mais poderá ser feito.

Não há razão para solução diversa nos exemplos clássicos de pedido juridicamente impossível (divórcio, dívida de jogo).

da coisa julgada, nesses casos, se a violação atingir valor superior ao protegido pela imutabilidade. Manifesta-se ainda pela existência da sentença, que simplesmente contém vício de julgamento, pois a decisão é *contra ius*, Chiara Besso, *La Sentenza Inesistente*, pp. 218-220.

Mais difícil justificar esta conclusão, todavia, em situações teratológicas: pedido de condenação a pena de morte<sup>235</sup> ou pretensão ao desligamento da Federação.<sup>236</sup> Difícil, mas não impossível.

Afirmou-se que a carência não decretada implica nulidade da sentença de procedência, por violação ao art. 267, VI, do CPC. Não proposta ação rescisória, todavia, o vício não pode mais ser alegado – o que implica reconhecer a validade de tutela condenatória cujo objeto é expressamente vedado em sede constitucional.

Nas situações imaginadas o problema se resolve no plano da ineficácia. Como se trata de tutelas condenatória e constitutiva, haverá necessidade de atuá-las praticamente. Ocorre que o sistema não dispõe de meios destinados ao cumprimento dessas sentenças, não havendo como efetivá-las. Inexistem meios sub-rogatórios ou mecanismos de pressão destinados a transformar em realidade concreta o comando condenatório. Nem há meios para viabilizar a desconstituição da Federação.

Diante desse óbice intransponível, os comandos condenatório e constitutivo permanecerão ineficazes. A atividade jurisdicional limitar-se-á à fase cognitiva, não produzindo efeito prático no plano material.

Esta solução mantém intactas as sentenças que, embora possam ter acolhido pedido juridicamente impossível, transitem em julgado e não sejam objeto de rescisória.

É preciso ressaltar que muitas vezes – e o fenômeno ocorre principalmente no âmbito do direito público – a possibilidade ou impossibilidade jurídica depende de interpretação complexa do sistema jurídico constitucional e infraconstitucional. Não é raro ocorrer divergência quanto à constitucionalidade, ou não, de determinada norma tributária restritiva de direitos. Se considerado compatível com a ordem constitucional, o pedido de tutela jurisdicional versando sobre bem da vida expressamente vedado (determinado benefício tributá-

235. Ou a qualquer outra pena expressamente vedada pela Constituição (art. 5º, XLVII).

236. Esta última hipótese constitui exemplo de pedido juridicamente impossível formulado por Cândido Dinamarco (*Instituições ...*, 5ª ed., vol. II, p. 301).

rio, por exemplo) será juridicamente impossível. Mas, se considerada inconstitucional a limitação, a pretensão poderá ser até acolhida.

Em síntese, como a impossibilidade jurídica acaba se resumindo em inexistência do direito – questão de mérito, portanto –, é perfeitamente possível nos depararmos com interpretações diferentes a respeito de determinada regra jurídica em que se verifique a vedação expressa.

Por isso, como em qualquer situação de procedência injusta, a sentença em questão é apta ao trânsito em julgado. Pode ser rescindida por violação de literal disposição de lei (CPC, arts. 267, VI, e 485, V). Mas, não proposta a ação rescisória no prazo, a desconstituição torna-se impossível. Desde que o sistema disponha de mecanismos para efetivá-la praticamente, ela produzirá efeitos no plano material.

Haveria ainda a alternativa da flexibilização da coisa julgada, hoje defendida por prestigiada corrente doutrinária e acolhida pela jurisprudência – tese cuja aplicação prática, além do controvertido, exige a presença de vários requisitos. Mas talvez esta seja uma das situações em que os valores envolvidos justificam a opção.<sup>237</sup>

Conclui-se, pois, inexistir diferença entre o acolhimento de pedido juridicamente impossível e outras sentenças de mérito injustas ou com erro de julgamento. Em todos esses casos verifica-se violação a texto expresso de lei, devendo o resultado ser impugnado pelas vias existentes no sistema.

Não há outra opção. A solução da inexistência jurídica não pode ser aceita, pois amplia de forma inadmissível solução excepcional e compromete desnecessariamente a eficácia da sentença. A rigor, teria de ser aplicada sempre que a solução contrária à lei resultar da má aplicação da regra a fatos incontroversos – ou seja, nas hipóteses de julgamento antecipado com fundamento em controvérsia exclusivamente jurídica (CPC, art. 330, I). Como já visto, a improcedência do pedido, nestes casos, é substancialmente idêntica à impossibilidade jurídica.

Da mesma forma, não é inexistente a sentença cujos efeitos substanciais são material ou fisicamente impossíveis; seja a impossi-

237. Cf. Eduardo Talamini, *Coisa Julgada* ..., pp. 319 e 561 e ss.

bilidade preexistente ou posterior, incide a regra geral da conversão em perdas e danos.<sup>238</sup>

#### 44. *Propostas a respeito das condições da ação*

Para extrair do processo o maior grau de efetividade possível, evitando que a técnica adotada pelo legislador para o desenvolvimento desse método de solução de controvérsias possa constituir óbice a que ele produza os resultados esperados, a categoria das condições da ação deve ser tratada à luz do princípio da economia processual. Por isso:

a) As condições devem ser aferidas o quanto antes, à luz de elementos da relação material afirmada pelo autor, evitando-se o prosseguimento de processo provavelmente inútil.

b) Reconhecida a falta de interesse ou de legitimidade, embora não haja solução para a crise de direito material, um aspecto da relação foi examinado e a respeito o juiz proferiu decisão, que deve ser considerada definitiva.

c) A sentença de carência por impossibilidade jurídica do pedido resolve toda a crise de direito material e é apta ao trânsito em julgado.

d) Há situações de carência que, se não identificadas oportunamente, devem ser desconsideradas, pois admissível a sentença de mérito, com solução definitiva do conflito. São elas:

d.1) ausência de adequação do procedimento ou da tutela, se o julgamento de mérito, além não implicar dano às partes, trazer vantagem ao sistema (portador de título executivo que pede tutela condenatória, ausência de prova escrita para ação monitória e embargos com discussão do mérito);

d.2) falta de necessidade da tutela jurisdicional verificada quando já há elementos para reconhecimento da improcedência do pedido;

d.3) ilegitimidade passiva identificada quando já possível juízo de improcedência da pretensão do autor.

238. Cf. Eduardo Talamini, *Coisa Julgada* ..., pp. 319-323. O mesmo ocorre em relação à sentença inexecutável (cf. Chiara Besso, *La Sentenza Inesistente*, pp. 223-226).

Nesses casos a falta da condição da ação não impede o exame do mérito, pois o prejuízo que se pretendia evitar já foi causado (prosseguimento do processo) e o resultado encontrado no plano material não é incompatível com a inexistência da condição.

#### 45. Síntese conclusiva das idéias sobre condições da ação

Se as condições da ação são aferidas a partir de elementos da relação material; se a ausência de uma delas, mesmo verificada *in statu assertionis*, mediante cognição sumária mas suficiente, implica solução parcial do litígio; se esse resultado produz efeitos no plano material; se essa eficácia tende a tornar-se imutável, adquirindo a sentença a qualidade da coisa julgada material, imperioso concluir que a distinção entre *carência* e *improcedência* acaba sendo meramente acadêmica, ao menos no que se refere aos aspectos materiais da decisão. A solução total (improcedência) e a parcial (carência), nos limites da sentença, tornar-se-iam igualmente imutáveis, por força da coisa julgada material. Aliás, nem mesmo a improcedência configura sempre solução integral do litígio.

Dois exemplos tornam mais clara a conclusão.

Afirmou-se – com respaldo na corrente doutrinária que aceita plenamente as condições da ação como matéria estranha ao mérito – que a prova da alienação do veículo antes do acidente implica improcedência da demanda proposta ao antigo proprietário, fundada em acidente de trânsito. Trata-se, sem dúvida, de sentença de mérito.

Por este raciocínio, se a instrução probatória revelar que o crédito, afirmado pelo autor como seu, pertence a terceiro, com quem o réu realmente contratou, o pedido deve ser julgado improcedente.

Pois bem. Em ambos os casos, a mesma situação de direito material poderá dar origem a outro processo. Tanto a demanda fundada no ato ilícito quanto a que tem como causa de pedir o contrato poderão ser propostas, a primeira ao atual proprietário do veículo, a outra por quem figura na relação contratual.

Embora haja sentença de mérito, não se definiu sobre a real existência do crédito. Concluiu-se apenas que o réu não é devedor e que o autor não é credor. Mas os elementos dos autos revelaram

que outros podem ser, respectivamente, o devedor e o credor. Novas ações podem ser propostas, com eles nos pólos passivo e ativo. Mas a improcedência impede que as ações sejam repropostas. Inexiste a possibilidade de reproduzir demandas idênticas, com os mesmos elementos subjetivos e objetivos.

Outra coisa não faz o juiz quando, pela leitura da inicial, reconhece a ilegitimidade. Na sentença ele dirá que o autor não pode ocupar o pólo ativo porque, tendo em vista a relação de direito material afirmada, outro é o possível credor. Da mesma forma, este terceiro poderá propor a ação e obter a tutela jurisdicional. O primeiro autor, todavia, declarado parte ilegítima, jamais poderá renovar a pretensão.

Não há, aparentemente, diferença alguma entre tais situações.

Pretende-se, assim, acabar com inúmeras discussões, que não estão limitadas ao âmbito acadêmico e doutrinário, pois produzem indesejados efeitos práticos, haja vista a jurisprudência a respeito do tema.

Para os objetivos do estudo, todavia, mais importante é ressaltar que, não reconhecida a carência da ação no momento oportuno – e a razão de ser do instituto reside exatamente nesse aspecto processual, relacionado à economia e suficiente para justificar a teoria – e sendo possível a solução integral do litígio, mediante sentença de mérito, não se pode desperdiçar esse material.

Se os elementos trazidos aos autos, em decorrência do desnecessário prosseguimento do processo, autorizarem conclusão abrangente sobre aspectos da relação material, é preciso aproveitar a oportunidade e, ao invés de solucionar apenas o aspecto controvertido, conferir à sentença dimensão mais ampla, possibilitando seja regulado tudo aquilo que o conjunto probatório permitir e desde que submetido ao contraditório, até para prevenir futuros litígios.

Assim, ausente a exigibilidade, mas demonstrada a inexistência da obrigação, julga-se improcedente o pedido. O mesmo ocorre se, embora falte um dos litisconsortes passivos necessários, o autor não demonstrar o fato constitutivo de seu direito. Também se controvertida a incerteza afirmada na inicial, significa que o réu não nega o direito do autor, devendo ser declarada sua existência mediante sentença de procedência.

Em todos esses casos a carência da ação – que significa eliminação de pequena parte do litígio – não deve impedir a improcedência, solução muito mais abrangente e dotada de maior utilidade prática.

Por fim, deve ser extraída das condições da ação sua verdadeira função no sistema processual: possibilitar ao juiz, de preferência logo no início do procedimento, de ofício, examinar aspectos da relação material e impedir o prosseguimento inútil do processo.

Trata-se de importante aplicação do princípio da economia processual, cuja eficácia depende sobremaneira da efetiva participação do juiz na condução do processo.

## Capítulo V

### NULIDADES PROCESSUAIS

*1. Ato processual: ato jurídico em sentido estrito. 2. Vício do ato processual: peculiaridade. 3. Forma desnecessária. 4. Necessidade da forma. 5. Forma e finalidade. 6. Forma e finalidade: ponto de equilíbrio. 7. Critério para abrandamento do rigor formal. 8. Código de Processo Civil, legalidade e instrumentalidade das formas. 9. Nulidade e eficácia: ausência de prejuízo. 10. Natureza do vício e convalidação do ato. 11. Nulidades processuais absolutas e cominadas: ainda sobre a convalidação. 12. Inexistência material do ato processual. 13. Inexistência jurídica do ato processual. 14. Vícios da citação. 15. Escopo da citação. 16. Outras considerações sobre inexistência jurídica e citação. 17. Falta de citação e conceito de "processo". 18. Réu falecido. 19. Garantias constitucionais e nulidades processuais: contraditório e ampla defesa. 20. Ausência de contraditório e validade do processo. 21. Violação a outras garantias constitucionais: juiz natural, motivação, publicidade e proibição de provas ilícitas. 22. Vícios da sentença. 23. Nulidades processuais: duas visões distintas. 24. Ausência de prejuízo e jurisprudência.*

#### *1. Ato processual: ato jurídico em sentido estrito*

Ao interpretar as regras de Direito, inclusive as de natureza processual, não pode o hermeneuta limitar-se à análise dogmática do fenômeno, ignorando que o sistema de direito positivo é inspirado em experiências que o antecedem e visa a atingir determinados fins. Nessa medida, a realidade histórica e o aspecto teleológico devem influir na compreensão do significado das normas.

É preciso cuidado, ainda, para que o resultado da interpretação não represente exclusivamente a valoração axiológica de quem a faz.

Complexo, pois, o processo destinado a descobrir o verdadeiro significado da regra, na medida em que requer equilíbrio e bom senso – qualidades nem sempre presentes em todos os que se incumbem desse mister. É fundamental a consciência de que algo existe além da